

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

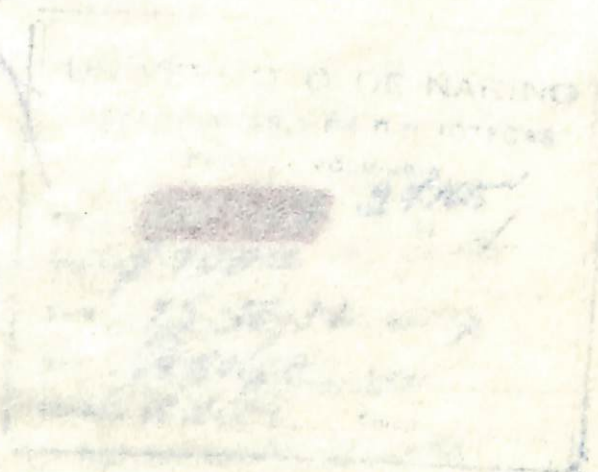
"EL DERECHO DE RETENCION EN GENERAL Y EN
LA LEGISLACION CIVIL Y COMERCIAL COLOM-
BIANAS"

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTORA
EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.

SUSANA G. MONTENEGRO PEPIROSA

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA



La facultad de se hacer con-
sistente de las opiniones y
nitiato en la tabla, que
que se haya considerado a
que se debe del autor.
1954 y 1955 de 1.900.
de la facultad de se.

A mis padres con agra-
decimiento, cariño y -
admiración.

AN
T
2346.4
M 744
1.7

i

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
 DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
 PASTO - COLOMBIA

No. 12307 27165

Valor \$ 700=

Fecha 15-IV-77 D. X

Fac. Quelque Comp.

Librería autor Comp.

... Y ... DEL ... EN ...

... JURISDICCION ...

... de las opiniones e emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse como propias del autor".

(Acuerdo # 108 de 1.965. - Art. 10 Reglamento Fac. de Derecho.)

... de estos ...

CONTENIDO

	págs.
1.- INTRODUCCION	1
2.- ORIGEN E HISTORIA DEL DERECHO DE RETENCION	1
2.1. Origen	1
2.2. Historia	3
2.2.1. En Roma	3
2.2.2. En Francia	4
2.2.3. En Alemania	4
2.2.4. En el Derecho Inglés	5
2.2.5. En la legislación italiana	6
2.2.6. En la legislación del Japón	6
2.2.7. En la legislación española	6
2.2.8. En el derecho argentino	7
2.2.9. En la legislación chilena	8
3.- CONCEPTO Y DEFINICION DEL DERECHO DE RETENCION.	8
4.- NATURALEZA JURIDICA.	11
4.1. Es una forma de posesión de hecho que produce una excepción de carácter particular.	12
4.2. El derecho de retención es un cuasicontrato.	12
4.3. Es un derecho real.	13
4.3.1. No goza de los atributos de persecución y preferencia.	14
4.3.2. La retención goza de estos atributos.	15

	págs.
4.4. Es un mero derecho de garantía.	17
4.5. Es un derecho personal.	18
4.6. Es una excepción a la obligación.	20
4.7. Tesis más acogida.	22
4.7.1. Derecho accesorio de garantía.	22
4.7.2. De naturaleza sui generis.	24
4.7.3. En que se combinan elementos de derecho real y personal.	24
5.- FUNDAMENTO JURIDICO!	28
6.- CARACTERISTICAS.-	32
6.1. Es indivisible.	32
6.2. Es cedible o transmisible.	33
6.3. Es un derecho accesorio.	34
6.4. Es oponible a todos.	34
6.5. Es prescriptible.	34
7.- DIFERENCIA CON OTROS INSTITUTOS AFINES.	34
7.1. El derecho de retención y la compensación.	34
7.2. El derecho de retención y la prenda.	36
7.3. El derecho de retención y la hipoteca.	37
7.4. El derecho de retención y la anticresis.	38
7.5. La retención y el embargo preventivo.	38
8.- CONDICIONES PARA QUE EXISTA EL DERECHO DE RETENCIÓN.	38
10.2.2. Criterio de relación entre el crédito y la cosa.	38

	págs.
8.1. Un crédito líquido y conexo.	38
8.1.1. Relación de conexión entre el crédito y la obligación.	41
8.1.2. Relación de conexión entre el crédito y la cosa.	41
8.1.2.1. Material	41
8.1.2.2. Inmaterial	42
8.2. Detención de una cosa que el acreedor debe entregar o restituir al deudor.	44
8.3. La detención debe ser legítima.	45
9.- CLASES DE RETENCION Y OBLIGACIONES DEL RETENEDOR.	59
9.1. Clases de retención.	46
9.2. Obligaciones del retenedor.	47
9.2.1. Conservación de la cosa.	47
9.2.2. No hacer uso de la cosa retenida.	48
9.2.3. Entregar el bien, una vez que haya cancelado el crédito.	49
10.- APLICACION DEL DERECHO DE RETENCION.	49
10.1. Teoría restrictiva.	49
10.2. Teoría extensiva.	50
10.2.1. Criterio del vínculo contractual.	50
10.2.2. Criterio de relación entre el crédito y la cosa.	52

10.2.3. Criterio de la coexistencia de acreedor y deudor.	53
10.3. Teoría que consagra la legislación colombiana.	54
10.3.1. La retención no es institución general en Colombia.	54
10.3.2. La retención solo tiene lugar en los casos mencionados en la ley.	56
10.3.3. Retención por perjuicios causados por la cosa.	58
11.- BIENES QUE PUEDEN RETENERSE.	59
12.- CASOS EN QUE NO EXISTE EL DERECHO DE RETENCIÓN.	59
12.1. Secuestro.	59
12.2. Arrendador de servicios.	60
12.3. Comprador con pacto de retroventa.	60
12.4. Agente oficioso.	61
13.- EFECTOS DEL DERECHO DE RETENCIÓN.	61
14.- EXTINCIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN.	63
EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO.	
1.- La retención solo tiene lugar en los casos señalados en la ley.	64

INTRODUCCION

... una breve exposición sobre el origen y el contenido del derecho de retención, respecto a

Las garantías son medios eficaces para proteger a los acreedores. Estas pueden ser personales, reales y mixtas. Las primeras aumentan el patrimonio que constituye la prenda común y disminuyen el riesgo de insolvencia. Estas son: La fianza, la cláusula penal y la solidaridad. Las reales afectan determinados bienes y generalmente confieren los atributos de persecución y preferencia. Tales son: la hipoteca y la prenda. Las mixtas son las que gozan tanto de los caracteres de las reales como de las personales, dentro de las cuales se encuentra el derecho de retención y que constituye el objeto de la presente tesis.

El análisis del fundamento jurídico de la retención constituye otro punto del trabajo; es bueno que se observe que muchas legislaciones no contienen una teoría metódica del derecho de retención, si no que lo aplican en artículos errantes y sueltos sin determinar su naturaleza jurídica, características, condiciones de existencia y sus efectos. Es ésta una de las materias en que más ha tenido que hacer la jurisprudencia, supliendo el silencio de los legisladores. Su importancia científica crece de tal modo, que esta institución jurídica no puede pasar bajo silencio.

El trabajo se elaboró en tres partes a las cuales se irá refiriendo. En su parte primera, se

encuentra como primer punto, una breve exposición sobre el origen e historia del derecho de retención, respecto a lo cual, cabe afirmar que ésta institución nació en Roma en la época del derecho pretoriano con la "exceptio doli" y que el derecho francés antiguo aplicó los textos romanos por considerarlos conformes a la equidad.

Los autores difieren en cuanto a la época de su nacimiento en la legislación romana, ya que el punto de sumo interés constituye la exposición de la Naturaleza jurídica del derecho de retención y las diversas teorías que se han creado alrededor de ella y que básicamente se dividen en dos grupos: los que afirman que el derecho en referencia es de carácter real y los que defienden su carácter de derecho personal.

El análisis del fundamento jurídico de la retención constituye otro punto del trabajo; es bueno a notar su base jurídica que es el principio de equidad y la aplicación del enriquecimiento sin causa que buscan siempre el equilibrio entre las relaciones patrimoniales de las personas.

Asimismo, como tema de la primera parte se trata de las condiciones para que exista el derecho de retención a lo cual se anota que éste existe siempre que haya un crédito que debe probarse y ser conexo con la obligación de entregar o restituir y con la cosa objeto de re-

con más perfeccionados, no se encuentra la excepción en de las acciones de la ley o Derecho Estricto, en la cual el caso de retención, sino que expresamente aparece en los juzgadores se atenían únicamente a lo literal de los textos legales, sin entrar a considerar su sentido, fines y equidad.

2.2.- Historia.-

La opinión más aceptada y la que compartimos, es la de que el derecho que tratamos, tuvo su nacimiento en la época del Derecho pretoriano, bajo la influencia del Pretor, con la Exceptio Doli, ya que con ella se trató de atemperizar el absoluto rigorismo con que se aplicaba la ley. Consideramos esta excepción como la más importante, porque mediante ella el demandado ejercía el Derecho de Retención, manteniendo en su poder una cosa del demandante mientras éste lo indemnizara de los gastos hechos. Además ella existía en todos los casos en que la demanda fuera injusta y la podía proponer el demandado en defensa cuando fundaba su contraprestación en la equidad, es decir, no sólo servía en el caso de la retención sino que se empleaba en defensa de otros derechos, tales como la compraventa, la negación de servidumbre y más tarde en todos aquellos casos en que el demandado basaba su defensa en la equidad. Esta excepción, no sólo la tuvo el demandado, sino también sus causabientes. Con la aparición del sistema o procedimiento extraordinario, la excepción, aunque no apareciera expresamente, existía como medio de defensa del demandado, sin requerir que fuera insertada en la fórmula, según lo afirma Savigny. En la época en que los contratos fue -

ron más perfeccionados, no se encuentra la excepción en el caso de retención, sino que expresamente aparece en el derecho denominado de Retención, como lo afirma Gallo en el Comodato. y lo encontramos en dos casos: El primero,

cuando el súbdito ejerce el derecho de Retención para obtener que el señor feudal le pague el precio de las tierras que el señor feudal le pague el precio de las tierras.

2.2.- Historia.-

2.2.1.- En Roma.- No se encuentra la declaración explícita de un principio o teoría general de presentación cuando el vasallo o sus herederos ejercían el Derecho de Retención del feudo hasta que se les indemnizara por los gastos hechos en mejorarlo. a los primeros códigos modernos que surgen en el siglo XIX, basados la mayoría de ellos, en las leyes romanas, cuyos principios fueron desentrevueltos por las investigaciones de glosadores, intérpretes, cultos y tratadistas, promoviendo esto frecuentes veces la observancia práctica de adaptarlas a las diversas necesidades de los tiempos. Las Reales, aunque otras expositores sostienen que tales ordenanzas tuvieron por objeto restringir su ejercicio y señalar límites definidos, pero ya Gaillouard y Baudry Lacantinerie, citan sus aplicaciones en las costumbres de diversas regiones. Para las ordenanzas reales del siglo XVIII, sea de buena o mala fe, por las expensas necesarias en la cosa poseída.

2.2.2. En Francia.- El Derecho de Retención según Mourlon, fue introducido por las ordenanzas Reales, aunque otros expositores sostienen que tales ordenanzas tuvieron por objeto restringir su ejercicio y señalar límites definidos, pero ya Gaillouard y Baudry Lacantinerie, citan sus aplicaciones en las costumbres de diversas regiones. Para las ordenanzas reales del siglo XVIII, sea de buena o mala fe, por las expensas necesarias en la cosa poseída.

Entre las legislaciones civiles contemporáneas, algunas conceden el mismo derecho al comodatario y el acreedor pignoraticio y le niegan al depositario. El fuero real se lo había concedido expresamente al hotelero o posadero sobre las cosas de su huésped que le debía el alojamiento. En Alemania.- Manueccerus (tratado de las cosas que están en posesión de otro al que se le debe el alojamiento).

Entre las legislaciones civiles contemporáneas, algunas conceden el mismo derecho al comodatario y el acreedor pignoraticio y le niegan al depositario. El fuero real se lo había concedido expresamente al hotelero o posadero sobre las cosas de su huésped que le debía el alojamiento. En Alemania.- Manueccerus (tratado de las cosas que están en posesión de otro al que se le debe el alojamiento).

En el derecho Feudal, sin duda alguna se reconocía el Derecho de Retención a los acreedores, a pesar de la inmensa oposición hecha por los señores feudales y lo encontramos en dos casos: El primero, cuando el súbdito ejerce el Derecho de Retención para obtener que el señor feudal le pague el precio de las tierras donde éste construyó una represa. El segundo caso se presentaba cuando el vasallo o sus herederos ejercían el Derecho de Retención del feudo hasta que se les indemnizara por los gastos hechos en mejorarlo.

2.2.2. En Francia.- El Derecho de Retención según Mourlon, fue introducido por las ordenanzas Reales, aunque otros expositores sostienen que tales ordenanzas tuvieron por objeto restringir su ejercicio y señalarle límites definidos, pero ya Guillaouard y Baudry Lacantinerie, citan sus aplicaciones en las costumbres de diversas regiones. Pero las ordenanzas reales definieron su extensión, para poner coto a los abusos.

2.2.4.- En el Derecho inglés.- La retención o "Lien" se divide en dos categorías: a) possessionary lien, por el que se requiere la posesión actual de los bienes que se van a retener y la existencia de un crédito contra el propietario o reclamante de las cosas poseídas; b) el charge lien, que es el derecho de aferrar un objeto que está en posesión de otro al pago de una deuda.

2.2.3. En Alemania.- Enneccerus (trata

En el Derecho Inglés, también se partici-
pista alemán), comentando el artículo 273 del Código Civil
alemán, afirma que en la legislación alemana no se llama
exclusivamente derecho de retención a la excepción o ne-
gativa a la entrega de una cosa, sino también al derecho
del deudor a denegar su prestación de una manera más am-
plia y que puede consistir en servicios, en una declara-
ción de voluntad, en la entrega de una cosa sea dinero,
objetos muebles o bienes raíces, hasta tanto que una pre-
tensión vencida que le compete haya sido satisfecha.

El Derecho alemán exige que haya conexión
entre el crédito del acreedor y la pretensión del deudor.
En principio general el Derecho de Retención solo sirve
a fines de seguridad, desapareciendo cuando se presta u-
na caución para asegurar el crédito del retencionario. No
aceptan la fianza personal porque consideran que es injus-
to menguar la seguridad real que el retenedor tiene, al-
to reemplazar esa garantía por otra.

2.2.4.- En el Derecho inglés.- La re-
tención o "Lien" se divide en dos categorías: a) Posses-
sory lien, por el que se requiere la posesión actual de
los bienes que se van a retener y la existencia de un
crédito contra el propietario o reclamante de las cosas
poseídas; b) el chargin Lien, que es el derecho de afec-
tar un objeto que está en posesión de otro al pago de
una deuda.

En el Derecho Inglés, también se puede poner término al derecho de retención dando una garantía suficiente. 43. le concedía al acreedor pignoraticio el derecho de retención.

2.2.5. En la legislación Italiana.- Solo se conoce el derecho de retención al poseedor de buena fe y explícitamente le confiere la excepción contra el reivindicante, por el reembolso de mejoras en los bienes, salvando una omisión del legislador francés. En lo demás, es más o menos una reproducción textual de aquel código. Verificados en aumento de la dote de la esposa.

También las partidas establecían expresamente los casos. 2.2.6. En la legislación del Japón.- Este derecho pertenece a todo acreedor, sobre una cosa mueble o inmueble del deudor cuando la posee en virtud de una causa legítima y cuando su crédito es conexo con la posesión o nacido con ocasión de la cosa, por efecto sea de la cesión de ella con ese objeto, sea de gastos en su conservación, sea de daños causados por la misma. Este derecho es indivisible en forma tal que, a toda o parte de la cosa retenida, responde por la totalidad del crédito.

El código civil argentino define el Derecho de Retención y lo hace de la siguiente manera: "El derecho de Retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido." 2.2.7.- En la legislación Española.- En la época del Derecho antiguo, tuvo su aparición el Derecho de Retención en las siete partidas inspiradas en el Derecho consuetudinario y el romano. Según la partida tercera, título 28, ley 44, se reconocía a favor del po-

seedor de una heredad cuando había hecho gastos necesarios para su conservación, aunque no hubiera buena fe. La partida 5a, título 43, le concedía al acreedor pignoraticio el derecho de retención inclusive cuando la deuda por la cual se le dió el bien estaba ya cancelada y existía una nueva deuda. La partida 5a, título 2o, ley 9a, le concedía el derecho al comodatario. La partida 4a, título 2o, ley 32, reconocía el derecho a favor del esposo, una vez disuelto el matrimonio, mientras se le reembolsaba de los gastos verificados en aumento de la dote de la esposa.

También las partidas establecían expresamente los casos en que no tenía lugar el derecho como en el depósito. Sus normas son mas o menos iguales al derecho francés e italiano. Sin embargo, en que puede regularse una convención, hay casos, sin embargo, en que puede regularse de la sola virtud o voluntad del acreedor, unida a la aprehensión material de la cosa, por sí, y con tal

2.2.8.- En el derecho argentino. - La Retención exige tres requisitos: la posesión de una cosa que el acreedor debe restituir al deudor, un crédito contra el que pide la cosa y la conexión entre el crédito y la cosa cuya retención se demanda.

El código civil argentino sí define el Derecho de Retención y lo hace de la siguiente manera: "artículo 3939: El derecho de Retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de la misma cosa". Cuando el retenedor sin su

voluntad deja de tener la cosa, el derecho argentino, le da el derecho de persecución. guardar en su poder la cosa perteneciente a su deudor y -

de negarse a restituirla mientras éste no la haya pagado y 2.2.9.- En la legislación chilena.- Si/

(1) Para éstos, este derecho supone que el acreedor se encuentra en posesión o detenta la cosa por una causa jurídicamente regular ya que no tiene derecho a apropiarse por su propia autoridad de la cosa de su deudor. Supone por otra parte, que el deudor puede recuperar su cosa desinteresadamente del acreedor, es decir, que el acreedor, no tiene cargo de conservación por ninguna otra razón.

3.- CONCEPTO Y DEFINICION DEL DERECHO DE RETENCION.-

Por regla general, la seguridad para el pago de las obligaciones, no se forma sino en virtud de una convención. Hay casos, sin embargo, en que puede resultar de la sola virtud o voluntad del acreedor, unida a la aprehensión material de la cosa, por éste, y con tal que este modo de obrar haya sido autorizado por la ley. Tal sucede con lo que se llama el Derecho de Retención.

etimológicamente, la palabra retener, viene del latín "tenere" (tener, poseer, mantener, sujetar), el cual por agregación del prefijo "re" da origen a los compuestos retener, detener, expresivo de la acción o efecto de retener.

(1) Tratado de Derecho Civil. - Georges Ripert y Boulanger. Ediciones la ley. 1929. 420.
(2) Teoría de las obligaciones. - Ripert y Boulanger dicen: " El derecho -

de Retención es el derecho que pertenece a un acreedor de guardar en su poder la cosa perteneciente a su deudor y de negarse a restituirla mientras éste no le haya pagado?

(1) Para éstos, este derecho supone que el acreedor se encuentra en posesión o detenta la cosa por una causa jurídica regular ya que no tiene derecho a apropiarse por su propia autoridad de la cosa de su deudor. Supone por otra parte, que el deudor puede recuperar su cosa desinteresadamente al acreedor, es decir, que el acreedor, no tiene derecho de conservarla por ninguna otra razón.

Jorge Giorgi clasifica el derecho de Retención en legal y convencional. "El derecho de Retención corresponde al poseedor y juntamente al acreedor de rehusar a su deudor la entrega de una cosa que le debe, -

mientras que no le haya satisfecho por su parte el débito correspondiente." (2)

Colint y Capitan lo definen así: "El Derecho de Retención es el derecho en virtud del cual el tenedor de una cosa que pertenece a otro, queda autorizado para retenerla hasta el pago de lo que el propietario de esta cosa le debe".

(1) Tratado de Derecho Civil. - Georges Ripert y Jean Boulanger. Ediciones la ley. pág 32.
(2) Teoría de las obligaciones. Jorge Giorgi. Tomo II pág 420.

de ella, ha Dominico Barbero: "En casos singulares y determinados taxativamente, al acreedor de sumas por indemnización o reembolso provenientes de gastos efectuados por ciertas cosas de que ha estado en posesión, con derecho sin él, pero si lo ha estado sin derecho, en buena fe, y que tiene que restituir, la ley le otorga el poder de retener dichas cosas, rehusándose a su entrega, mientras no sea pagado o satisfecho de su crédito." (3)

4. - Derechos Reales -

Valencia Zea: "Se habla de Derecho de Retención cuando el deudor de una cosa la retiene hasta que su acreedor le cumpla o le asegure el cumplimiento de una obligación que guarda cierta relación con la misma obligación de entregar." (4)

Joaquín Escriche en su diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia lo define así: "El derecho que tiene un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenece y debía entregar a su deudor hasta que éste le pague la deuda".

Fernando Velez: "Es la facultad que la ley otorga al tenedor de una cosa ajena, para conservar la

(3) Sistema del Derecho Privado. Dominico Barbero. Obligaciones. Pág 135.

(4) Derechos Reales. Arturo Valencia Zea.

tenencia de ella, hasta que se le pague o se le asegure lo que se le debe con ocasión de la misma cosa. De posesión de hecho que produce una excepción de carácter peculiar. Nuestra legislación, como la mayoría de

las extranjeras, no ha definido ni reglamentado en forma sistemática el Derecho de Retención, aunque sí lo reconocen todas por medio de aplicaciones concretas.

4.- NATURALEZA JURIDICA.

Es indiscutible que el Derecho de Retención es un Derecho patrimonial. Pero ocurre preguntar: A cuál de las dos grandes categorías de derechos patrimoniales pertenece? Es un derecho real o personal? Es éste, un punto de difícil estudio por cuanto opiniones de los más eminentes juristas son opuestas. Para unos como Guillermo Cardozo, Pinot, Mourlon, Colin y Capitan, Glassen y Conzales Valencia, es real y para Laurent y Troplong, Aubry y Rau, es personal.

Entre los derechos reales reconocidos por los romanos no encontramos éste, como tampoco entre los créditos. En el intento de dar adecuada respuesta a esos interrogantes, los tratadistas han elaborado diversas tesis, de las cuales, las principales pueden presentarse así: un cuasicontrato nacido entre acreedor-tenedor y deudor- dueño, por virtud de la ley, de los anteriores conceptos al

4.1.- El Derecho de Retención es una forma de posesión de hecho que produce una excepción de carácter peculiar.

Esta tesis es objetable porque, por definición, el Derecho de Retención se hace actuante cuando ya no hay duda de que toda la posesión de la cosa debe estar en cabeza del deudor, pues por hipótesis la situación jurídica ha sido despejada, y el retenedor solo tiene una tenencia precaria y transitoria, sin ninguno de los efectos de la posesión.

4.2.- El Derecho de Retención es un cuasicontrato.

Son sus características:
Dentro de la teoría jurídica moderna,
a) La de ser un derecho absoluto,
este punto de vista es igualmente objetable porque el concepto tradicional del cuasicontrato, está perdiendo terreno y ya que con él lo único que se ha obtenido es retardar el avance del derecho porque sirve admirablemente para cubrir apariencias, dar la impresión de que un determinado problema ha sido solucionado y, so pretexto de expresarse una fórmula jurídica, dejar sin resolver a fondo las cuestiones que exigían un mayor esfuerzo de investigación. Ningún avance se obtendría en el estudio de la naturaleza del Derecho de Retención al aceptar que es un cuasicontrato nacido entre acreedor-tenedor y deudor- dueño, por virtud de la ley.

4.3.- El Derecho de Retención es un derecho real.-

Esta tesis, que es la que cuenta con mayor número de partidarios, impresiona a primera vista por la aparente exactitud con que el Derecho de Retención encaja dentro de la definición de Derecho Real. Sin embargo, esa coincidencia es más aparente que real.

Los elementos que componen al Derecho Real son: a) un sujeto activo, o sea el titular del derecho, persona natural o jurídica. b) Un objeto o sea el bien o bienes determinados sobre los cuales se ejerce el derecho.

Son sus características:

a) La de ser un derecho absoluto, porque se puede oponer a todos en cualquier tiempo (erga omnes) o sea que los que posteriormente adquieran sobre el bien Derechos Reales, están obligados a respetar los derechos reales que sobre esa misma cosa existían cuando ellos adquirieron su derecho.

b) la de existir una relación directa entre la persona y la cosa.

Son sus atributos:

a) El derecho de persecución y de preferencia.

Aplicando los anteriores conceptos al

estudio del Derecho de Retención tenemos: una acción de

naturalidad real. 1o. Que éste tiene los dos elementos del derecho real, o sean un sujeto activo que es el titular del derecho y un objeto determinado sobre el cual se ejerce el derecho.

2o. Que tiene también las características o sea que existe una relación directa entre la persona y la cosa y la de un derecho absoluto y por lo tanto oponible a todos en cualquier tiempo, por cuanto lo contrario le quitaría a la retención su característica de garantía y la simple enajenación del bien por parte del deudor haría inoperante el derecho.

3o. Respecto a si le corresponde o nó el derecho de preferencia hay varios conceptos y los exponemos seguidamente:

a) Los que niegan el derecho de persecución y preferencia al derecho de retención. - Para éstos, no tiene el de persecución porque si el acreedor por su culpa pierde su tenencia, no podrá perseguirla con acción real ni en manos de su dueño ni en las de terceros, ya que precisamente por haber perdido la tenencia, el sustrato de hecho necesario para la existencia del Derecho de Retención habría desaparecido; el acreedor no podrá, por imposibilidad física y jurídica, conservar, mantener o retener, otras acciones o medios jurídicos para defender su

interés, pero nunca podrá invocar y ejercer una acción de naturaleza real. Si se negara la persecución, quedaría

la Retención sometida a los derechos de preferencia porque si bien es cierto que en algunos casos expresamente señalados en la ley, puede existir algún grado de prelación frente a algunos derechos personales, es igualmente cierto que nunca podrá tener preferencia frente a los derechos

reales principales o accesorios. En todo caso, para ellos el Derecho de Retención carece de este atributo en la forma general y permanente en que lo tienen los derechos reales. acreedores a su turno, del mismo deudor, no podrán

hacerse pagar antes de satisfacer al acreedor que la retiene. Si Pedro retiene un bien de Juan y Santiago, acreedor de la persecución y la preferencia aun cuando nó exactamente en la misma amplitud que la hipoteca y la prenda. el pago del mismo bien, dos manifestaciones tiene la pre-

ferencia como atributo de la Retención. La persecución porque si el acreedor pierde la cosa, puede recuperarla de cualquiera persona, inclusive del deudor, pues sería inmoral, que por ir a parar a manos de éste, lo cual podría ocurrir por la gestión o la maniobra del mismo, perdiera la retención del acreedor

El deudor, valiéndose de un tercero o personalmente sustituido o un tercero, no podrá el acreedor Pedro ser despojado de la cosa retenida, si antes no se le paga o se le garantiza de otro modo. b) al rematario el ejecutante Santiago

creedor careciese de acción para recuperarlo?. No. Como no hay disposición especial será aplicable por analogía

el 2418 c.c.c. referente a la prenda. dice: "Si un individuo tiene derecho a retener una finca como garantía de la Retención sometida a las maniobras indebidas del deudor y habría que aceptarla como un derecho ilusorio que no consiste precisamente en guardar el bien del obligado hasta cuando pague o asegure el pago en otra forma. La preferencia quedaría a merced del deudor, pues le bastaría para que el acreedor tenga la cosa en su poder, el deudor no puede arrebatársela y sobre todo, porque la Retención es oponible a terceros erga omnes (Josserand) de suerte que éstos, acreedores a su turno, del mismo deudor, no podrán hacerse pagar antes de satisfacer al acreedor que la retiene. Si Pedro retiene un bien de Juan y Santiago, acreedor de éste, le entabla ejecución y en ella denuncia para el pago del mismo bien, dos manifestaciones tiene la preferencia como atributo de la Retención: garantía cuya naturaleza varía según la del derecho al cual sirve de seguridad.

- a) en la diligencia de secuestro Pedro podrá conseguir, que el bien continúe en su poder, a título de secuestro. La objeción que puede serle formulada a esta tesis, es doble: de un lado, aunque se usen palabras distintas, en el fondo ella afirma que la naturaleza del Derecho de Retención, es la de derecho personal de la cosa retenida, si antes no se le paga o se le garantiza de otro modo.
- b) al rematarlo el ejecutante Santiago o un tercero, no podrá el acreedor Pedro ser despojado de la cosa retenida, si antes no se le paga o se le garantiza de otro modo.

José J. Gómez, afirma que la Retención es un derecho real y cita la sentencia de la Corte

Suprema del 29 de marzo de 1.924 que dice: "Si un individuo tiene derecho a retener una finca como garantía de pago de las mejoras puestas en ella, no puede ser privado de ese derecho, ni por la circunstancia de pasar la finca a otro dueño, ni por el hecho de ser embargada en juicio ejecutivo; si así no fuera, el Derecho de Retención quedaría a merced del deudor, pues le bastaría para eliminarlo enajenar el suelo por escritura de confianza o hacerse ejecutar para obtener un depósito parcial". (5)

Para los que afirman la existencia de los atributos de preferencia y persecución para el Derecho de Retención, con las razones anteriormente expuestas, este derecho es real.

4.4.- El Derecho de Retención es un mero derecho de garantía cuya naturaleza varía según la del derecho al cual sirve de seguridad.

La objeción que puede serle formulada a esta tesis, es doble: de un lado, aunque se usen palabras distintas, en el fondo ella afirma que la naturaleza del Derecho de Retención, es la de derecho personal

(5) José J. Gómez.- Derecho Civil. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. pág 150

porque por definición solo existirá como garantía de un crédito y ya se verá por qué no es posible aceptar que simplemente sea un derecho personal; de otro lado, repugna al criterio jurídico que haya algún derecho patrimonial de naturaleza indiferente.

4.5.- El Derecho de Retención es un derecho personal.-

El código civil en su artículo 666 define el derecho personal así: "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos."

Por su parte Bonnecasse lo define así: "Este derecho es el que tenemos contra una persona determinada, y que nos permite exigir de ella el cumplimiento de un hecho como la entrega de una suma de dinero o una abstención. El derecho personal crea por tanto, una relación directa entre dos personas: Esta relación, este lazo de derecho (vinculum juris) constituye la obligación; desde el punto de vista activo toma el nombre de crédito; desde el punto de vista pasivo deuda. Así si presto a una persona 1.000 francos que se obliga a devolverme en diez años, adquiero en su contra por este con-

trato, un derecho personal, en virtud del cual podré exigirle en la época convenida, el pago de una suma igual a la prestada."

Del análisis de las definiciones anteriores, se puede deducir los siguientes elementos del derecho personal:

- 1.- Un sujeto activo o sea una persona natural o jurídica, llamada acreedor, quien únicamente puede demandar el cumplimiento de la obligación.
- 2.- Un sujeto pasivo, o sea una persona natural o jurídica, llamada deudor, que es quien debe cumplir determinada prestación.
- 3.- Un objeto sobre el cual recaiga

el derecho personal o su ejercicio, consistente en un hecho positivo como la ejecución o abstención de algo.

De la aplicación de lo antes expuesto en el Derecho de Retención tenemos que él acepta el primer elemento del derecho personal o sea el sujeto, por que sin él no habría quien hiciera efectivo el derecho. En cuanto al segundo podemos llegar a aceptarlo ya que el sujeto pasivo existe en la retención indirectamente y en cuanto al tercero también por cuanto obliga al deudor a verificar el pago de lo que deba al acreedor retenedor. Sin embargo, si observamos las conse-

esta teoría es Coviello, para quien no es un derecho real

cuencias del derecho personal, ninguna de ellas se presenta en la retención. En efecto: el derecho personal solo puede exigirse del sujeto pasivo o de sus causahabientes a quienes haya pasado el gravamen de la deuda, en la retención no se exige de persona determinada sino sobre un bien determinado sobre el cual se tiene la posesión o tenencia y además este derecho es oponible a todos. Otra de las consecuencias del Derecho personal es la persecución de todos los bienes del deudor para su pago; en la retención tampoco se presenta ésta ya que solo se puede ejercer únicamente sobre aquellos bienes que tenga el acreedor en tenencia o posesión. Además la pérdida de la posesión o tenencia extingue el derecho.

Afirmar que el Derecho de Retención

es de naturaleza personal es confundir el derecho personal o de crédito existente entre el dueño y el tenedor, como principal, con la garantía del mismo. El retenedor como acreedor, tiene la facultad jurídica de exigir el pago de una cantidad de dinero; pero como simple retenedor, es decir, en cuanto titular del derecho de retención su facultad jurídica consiste exclusivamente en no entregar.

4.6.- La retención es una excepción. - El sostenedor de

esta teoría es Coviello, para quien no es un derecho real
(6) Coviello.-Doctrina General del Derecho Civil pág 575

mismo sino como un derecho por sí, deberá admitir por la
porque si bien se manifiesta exteriormente como un poder
que la persona ejercita directamente sobre la cosa, no
puede sin embargo incluirse de ningún modo ni entre los
derechos reales de goce, ni entre los derechos reales de
garantía.

No es derecho real de goce porque su
fin práctico no es el goce de la cosa sino el asegura-
miento del crédito.

Tampoco de garantía porque no tiene
las características de éstos como son el derecho de pre-
lación y persecución ya que el de retención, consiste
sencillamente en la facultad de rehusar la entrega de la
cosa debida hasta el pago del crédito y nada más que en
esto.

4.7.- Tesis más acertada. Para Coviello, "no es ni real ni per-
sonal, no es ni siquiera un derecho, sino simplemente un
medio de tutela de un derecho de crédito, una excepción,
lo cual se comprueba por su derivación histórica de la
exceptio doli generalis y por su fundamento práctico."

4.7.1.- Derecho accesorio de garantía. Los derechos de
garantía pueden ser: Afirma este tratadista, que el que quie-
ra considerar cualquiera excepción y por lo mismo aún és-
ta, (la de retención), no como una función del derecho

mismo sino como un derecho por sí, deberá admitir por la necesidad misma de las cosas que no puede tener diversa naturaleza del derecho principal del cual es accesorio y por lo tanto deberá concluir que el derecho de retención es personal, porque tal es el derecho que hace valer, que es siempre un derecho de crédito.

El Derecho de Retención tiene una función meramente negativa porque se fundamenta en la facultad de negar la entrega de la cosa y no hay acción por la retención.

No puede confundirse con los Derechos reales. Tiene eficacia real por cuanto puede hacerse valer contra cualquiera que pida la restitución de la cosa pero no puede confundirse con estos.

4.7.- Tesis más acogida.-

El Derecho de Retención es un derecho, accesorio de garantía, de naturaleza sui generis, en que se combinan elementos de derecho real y de derecho personal.

4.7.1.- Derecho accesorio de garantía.- Los derechos de garantía pueden ser de naturaleza real, hipoteca o prenda, o de naturaleza personal, fianza. Por consiguiente no es extraño que una determinada forma de garantía pueda participar de naturaleza de unos y otros.

nocerlo. Lo único El Derecho de Retención, tanto en el campo puramente técnico como en el de la legislación positiva, es esencialmente un medio que la ley le otorga a ciertos acreedores para precaverse contra el incumplimiento de peculiares obligaciones y que desempeña una función preparatoria para la ejecución forzada de la obligación, con la particularidad ordinaria que, a diferencia de otros medios ideados para el mismo fin, como el embargo preventivo, el titular lo hace valer por sí mismo, sin intervención de la Justicia, y además es un medio que nace a la vida jurídica en el momento en que debería tener lugar el cumplimiento de la obligación garantizada.

4.7.2.- De naturaleza sui generis.

No tiene el mismo alcance que la prenda y la hipoteca, pues el retenedor no tiene facultad para pedir la venta en pública subasta, como si la tienen los acreedores prendarios e hipotecarios. De allí se deduce que la retención frente a los demás derechos reales de garantía, es un derecho real imperfecto por no poderse satisfacer, con la realización en subasta pública del valor de la cosa.

Al ejercer el Derecho de Retención, su titular no pone en duda ni discute el derecho que sobre la cosa retenida tiene el deudor ni pretende descubrirlo.

nocerlo. Lo único que busca impedir que ese deudor adquiera la tenencia de la cosa, para estimularlo así a cumplir la prestación debida o a asegurar en otra forma su cumplimiento.

El punto de vista expuesto no se desvirtúa por el hecho de que el titular de la retención lo haga valer como excepción en el juicio que se le siguiera para la entrega de la cosa por el deudor, porque en tal hipótesis estaría esgrimiendo el Derecho de Retención como arma para estimular precisamente el cumplimiento de la obligación, que está garantizada por el Derecho de Retención.

4.7.2.- De naturaleza sui generis.-

Es indudable, que dadas las características teóricas y legales del Derecho de Retención, no puede afirmarse que su naturaleza sea real o personal, exclusivamente, pero tampoco puede discutirse que participe de la naturaleza de ambos, lo cual se explica porque su existencia se debe a circunstancias especiales, excepcionales, impuestas por consideraciones de orden superior, inspiradas en el principio de que siempre ha de guardarse equilibrio en las prestaciones.

4.7.3.- En que se combinan elementos de derecho real y de derecho personal.-

Por tener esa naturaleza real-personal en el Derecho de Retención se produce una concurrencia de elementos de una y otra naturaleza, pero meramente parcial.

En Colombia, en caso de pérdida de la cosa, el retenedor El carácter de derecho real de la retención de una cosa, se manifiesta en forma especial; en que el retenedor puede hacer valer su derecho no sólo y frente al deudor, sino también en relación con terceros y que en caso de pérdida de la cosa, retenida puede perseguirla y obtener de nuevo la posesión de la misma. Desde este punto la retención tiene las mismas características que dan a la prenda el carácter del derecho real, según el artículo 2418 del c.c.c. apoyado de la posesión por

quien se pretendía propietario del suelo. Al ejercer la acción reivindicatoria, la Corte Suprema la consideró El elemento de derecho real que concurre en el de retención es el que consiste en una relación inmediata y directa entre una persona y una cosa, que se denomina *ius cum re iunctum* y que produce como consecuencia la posibilidad de aprovechar parte de la utilidad de la cosa: su valor de cambio.

El retenedor puede hacer valer su derecho frente al deudor de mejoras u otra indemnización, reteniendo la cosa hasta que se le pague el crédito que fundamenta el derecho. Igualmente puede el retenedor hacer valer su derecho frente a los sucesores a título sin-

gular o a título universal del deudor, como frente a los propios acreedores en caso de embargo y secuestro.

En Colombia, en caso de pérdida de la cosa, el retenedor puede ejercer no solo las acciones posesorias respectiva, sino principalmente la acción reivindicatoria. Este último punto de vista se encuentra hoy día fuera de toda discusión en Colombia, a partir de la importante sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 1.961 (gaceta judicial tomo XCV pág 81 b y s.s.) Se trataba de un constructor que en terreno ajeno había levantado una construcción y la venía poseyendo; pero arbitrariamente fue despojado de la posesión por quien se pretendía propietario del suelo. Al ejercer la acción reivindicatoria, la Corte Suprema la consideró viable y condenó a quien había realizado el despojo a entregar la cosa retenida al retenedor. No puede el dueño, y menos todavía una tercera persona, despojar al mejorante y privar de acción recuperatoria a quien por ley tiene derecho perfecto a ser indemnizado plenamente, con garantía real sobre el objeto que ha recibido el beneficio (debitum cum re juctum). (7)

El elemento de Derecho personal que concurre en el de retención es el ser oponible solo a u-

(7) Valencia Zea . Derechos Reales.

na persona dada, lo cual implica que carece de la oponibilidad erga omnes, elemento esencial del derecho real.

sonal o real intentada contra él y en que ha sido vencido (casación de 27 de oct. de 1.938, G. J. Tomo XLVII, pág. 316). La sala en su fallo tiende a considerarla como hipoteca. Sin crédito idóneo para la retención no se puede ejercer el derecho de retener la cosa que alguien se encuentra obligado a entregar a otro.

En cuanto a la naturaleza del derecho de retención la Corte se inclina a considerarlo como un derecho real imperfecto, o sea que puede ejercitarse gan las personas entre quienes se establece el crédito - mientras el poseedor vencido o el arrendatario esté en posesión de la cosa, pero que perdida ésta no les queda heredero puede ejercer el derecho frente a los demás herederos en los casos en que la cosa pertenezca o hubiera pertenecido a una masa herencial. La garantía envuelta en el derecho de retención, es la esencia de éste; perdida esa garantía, no puede ser necesario precisar que en lo tocante a la cuota que le corresponda al retenedor sobre la cosa, se produce una confusión, pues el heredero es en semejante hipótesis deudor por una cuota de las mejoras y acreedor por el valor total de las mismas, siendo necesario dar aplicación al artículo 1726 del c.c.c. teneciente a su deudor concibe naturalmente la idea de crearse un arma contra el negándole la restitución. Sería una imposición que la ley no podría tolerar, por lo que nadie puede hacerse justicia por el mismo. Por otra

La Corte Suprema por su parte definió el Derecho de Retención como el "rehusamiento legítimo a la restitución de la cosa". El que retiene una cosa, co-

mentó, no está obligado a desasirse de ella cuando tiene prestación a demandar como consecuencia de la acción personal o real intentada contra él y en que ha sido vencido (casación de 27 de oct. de 1.938, G. J. Tomo XLVII, - pág. 316). La sala en su fallo tiende a considerarla como derecho real imperfecto en los siguientes términos:

"En cuanto a la naturaleza del derecho de retención la Corte se inclina a considerarlo como un derecho real imperfecto, o sea que puede ejercitarse mientras el poseedor vencido o el arrendatario esté en posesión de la cosa, pero que perdida ésta no les queda otro camino que una acción personal y directa contra el dueño o contra el arrendador. La garantía envuelta en el derecho de retención, es la esencia de éste; perdida esa garantía, no puede recuperarse, porque no se trata de una acción verdaderamente real por su naturaleza, como la que nace de la prenda."

5.- FUNDAMENTO JURIDICO DEL DERECHO DE RETENCION.

El acreedor que detenta una cosa perteneciente a su deudor concibe naturalmente la idea de - intervenir la justicia, ya que el principio general es de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, sería una imposición que la ley no podría tolerar, por lo que nadie puede hacerse justicia por sí mismo. Por otra

parte, sería un abuso impedir las restituciones debidas -- por causas jurídicas, con el pretexto de que quien debe restituir tiene un crédito tal vez insignificante. Por esta razón no es posible acordar a todo acreedor el derecho de retención. Pero hay casos en los que existe una relación entre la causa y el crédito y la tenencia de la cosa. Derecho moderno la base y fundamento de este derecho es la equidad. Se puede, entonces, admitir la retención legítima de la cosa, que se la ha justificado por medio de la interrelación de la voluntad probable de las partes, considerándose que el propietario de la cosa la había entregado tácitamente en prenda a su acreedor. Es más simple y más justo ver en esto una consecuencia de la idea de justicia y de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas. verifique y de hacer reconocer su derecho por vía de defensa.

El fundamento de este derecho se encuentra en un elemental principio de equidad, conforme al cual debe buscarse siempre el equilibrio entre las relaciones patrimoniales de las personas. El derecho de retención es una especie de autotutela, es decir que su titular lo hace valer por sí mismo, sin necesidad de que intervenga la justicia, ya que el principio general es de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, sacándose como conclusión que solo en los casos excepcionales para las personas que son mutuamente deudoras y acreedoras.

nales, expresamente previstos en la ley, puede reservarse la aplicación de este principio general. que quien tiene un derecho contra una persona y además una cosa de ella, si esta cosa le puede asegurar la realización de aquel derecho, se la entregue quedándose o pudiéndose darse "curiado".

El derecho de retención se otorga para hacer efectivo el principio del enriquecimiento sin causa por parte del acreedor. Tanto en el D. romano como en el derecho moderno la base y fundamento de este derecho es la equidad.

2.- En la antigüedad, el fundamento fue el de la equidad y la excepción de dolo (exceptio doli) servía para justificar la retención y esta excepción plir una falta de acción, el derecho moderno da al retenedor una seguridad en previsión de la resistencia posible de parte del propietario. Hoy el poseedor tiene acción para hacer reembolsar por el propietario; pero la ley le asegura el pago dándole la facultad de no entregar hasta que aquel se verifique y de hacer reconocer su derecho por vía de defensa.

El antiguo derecho se propuso su fin al margen del derecho estricto y como derivación de la equidad. En el derecho moderno, el ejercicio del derecho de retención constituye una excepción lo que es válido para la constitución del derecho que no dispone de acción alguna.

El hecho jurídico que produce la retención no se encuentra en el contrato, sino en el acto jurídico unilateral y real del que resulta el acto que guarda analogía con los negocios laterales.

Se distinguen tres aspectos:

1.- Se debe examinar si la ley trata de desarrollar algún principio general, o si arbitrariamente ha resuelto otorgar la retención en unos casos concretos, de suerte que si la ley no la otorga, debe entenderse que no existe el derecho. La ley siempre se fundamenta en un principio superior que en este caso es la equidad entendida en el sentido de igualdad de condiciones para las personas que son mutuamente deudoras y acreedoras.

6.- CARACTERÍSTICAS López de Haro, citado por el Dr. Valenzia Zea, (8) dice: "Es absurdo jurídico que quien tiene un derecho contra una persona y además una cosa de ella, si esta cosa le puede asegurar la realización de aquel derecho, se la entregue quedándose o pudiéndose darse burlado".

Sin embargo, el acreedor que haya perdido la posesión de una parte de la cosa, poseída, o de alguna de entre las diversas cosas poseídas, puede ejercer la retención por todo un crédito entero; sobre aquella parte, y sobre aquellas únicas cosas, que se construya al margen del derecho estricto y como derivación de la equidad. En el derecho moderno, el ejercicio del derecho de retención constituye una excepción lo que es válido para la constitución del derecho que no dispone de haber percibido parte del crédito, puede retener por entero la cosa poseída, mientras que no se le pague lo restante.

3.- El hecho jurídico que produce la retención no se encuentra en el contrato, sino en un acto jurídico unilateral y real del que retiene la cosa, - acto que guarda analogía con los negocios jurídicos unilaterales. na parte de la cosa retenida por el acreedor.

Al contrario, si ha sido el acreedor, ninguno de los debe ser continuación de una posesión anterior. La retención depende exclusivamente de la voluntad del deudor de la cosa y no necesita de autorización judicial.

(8) Derechos reales. Arturo Valenzia Zea pág 558. cosas y

6.- CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE RETENCION.-

6.1.- Es indivisible.- O sea que quien ejerce el derecho puede retener la cosa hasta que su crédito sea pagado en su totalidad, pudiendo ejercer el derecho sobre varios bienes a la vez.

Sin embargo, el acreedor que haya perdido la posesión de una parte de la cosa, poseída, o de alguna de entre las diversas cosas poseídas, puede ejercitar la retención por todo un crédito entero; sobre aquella sola parte, o sobre aquellas únicas cosas, que quedan en sus manos. y con el crédito. Nadie duda en cuanto a la necesidad y recíprocamente, el acreedor después de haber percibido parte del crédito, puede retener por entero la cosa poseída, mientras que no se le pague lo restante.

Además, si el deudor fallese dejando muchos herederos, a ninguno de éstos le es lícito, si paga la parte que le corresponde del débito, exigir la entrega de una parte de la cosa retenida por el acreedor.

Al contrario, si ha muerto el acreedor, ninguno de los herederos puede hacer la restitución, mientras que no estén pagados todos los coherederos.

Como en efecto sucede en la prenda, que puede el acreedor entregar a otro la cosa empeñada, y constituir sobre ella una segunda prenda, así también tiene lugar si los créditos del poseedor son diversos y bien, tratándose de retención es lícito al acreedor con-

relativos a cosas separadas. No podría el detentor retener una de ellas para garantía de un crédito relativo a otra distinta. Tampoco debe dejarse de observar que tratándose de retención no fundada en un artículo implícito del código, la indivisibilidad no prohíbe al juez tomar determinaciones equitativas, y especialmente restringirle su ejercicio hasta que concorra cuanto basta garantía del detentor.

6.3.- Es un derecho accesorio.- O sea que no tiene una existencia por sí solo, sirviendo de garantía de un crédito.

6.2.- Es cedible y transmisibles.- Sin embargo, precisa cederlo juntamente con la posesión material de la cosa y con el crédito. Nadie duda en cuanto a la necesidad de acompañar su cesión con la posesión material. Pero en cuanto a requerirse también la cesión del crédito, algunos autores han creído además poderse transferir el derecho de retención para garantía de un crédito distinto. No se cree en esto porque no existe la conexión entre el crédito y la obligación del poseedor, requisito necesario en la retención.

6.4.- Es oponible a todos.- Porque de lo contrario se quitaría su característica de garantía y la simple enajenación del bien por parte del deudor extinguiría el derecho.

6.5.- Es prescriptible.- Como todo derecho accesorio, por cuanto al prescribir la obligación principal del deudor prescribe el derecho de retención.

7.- DIFERENCIA CON OTROS INSTITUTOS AFINES.

No solo puede cederse el derecho de retención en su sustancia, sino que también puede cederse el simple ejercicio. Como en efecto sucede en la prenda, que puede el acreedor entregar a otro la cosa empeñada, y constituir sobre ella una segunda prenda, así también, tratándose de retención es lícito al acreedor con-

signar a otro la cosa retenida con el objeto de constituir y otro pueden oponerse únicamente como excepción, consti con ella una prenda convencional. Esta prenda será válida pero desaparecerá con la extinción del derecho de retención del primer acreedor, salvo si la cosa es mueble, y el segundo acreedor es de buena fe; es decir que haya recibido la prenda creyendo que la cosa pertenecía a su acreedor. derecho, sin tener en cuenta la materia ni la

6.3.- Es un derecho accesorio. - O sea que no tiene una existencia por sí solo, sirviendo de garantía de un crédito, gravando un bien.

6.4.- Es oponible a todos. - Porque de la posesión de ella está condicionado por el pago de lo que debe al que retiene, en tanto que este la retenga, la simple enajenación del bien por parte del deudor extinguiría el derecho.

6.5.- Es prescriptible. - Como todo derecho accesorio, por cuanto al prescribir la obligación principal del deudor prescribe el derecho de retención.

7.- DIFERENCIA CON OTROS INSTITUTOS AFINES. -

7.1.- El derecho de retención y la compensación. - El derecho objeto de este estudio, tiene con la compensación grandes similitudes, pero tiene también diferencias esencialísimas.

Ambos derechos tienen su fundamento en la equidad y uniformemente de toda tenencia o posesión de una cosa de

y otro pueden oponerse únicamente como excepción, consti-
tuyendo lo que los juristas llaman excepción útil, que no
requiere el consentimiento de las partes y se produce por
disposición de la ley. Se retiene la cosa mientras el
dueño no paga al detentor, y la retención mientras dura
ese estado, presta el servicio de compensación, derecho-
frente a derecho, sin tener en cuenta la materia ni la
cuantía en que respectivamente se radican, se compensan.
Esto es, el que es deudor y dueño de la cosa ha de su-
frir la retención mientras no pague al que le retiene,
lo que quiere decir, que si su derecho a reintegrarse en
la posesión de ella está condicionado por el pago de lo-
que debe al que retiene, en tanto que este la retenga,
hay por lo menos un estado de compensación, que puede ser
extinguido por cualquiera de los dos: por el dueño de la
cosa, pagando, y por el acreedor entregándola o reclama-
do el crédito y ofreciendo la entrega.
La diferencia consiste en que el dere-
cho de retención no extingue la deuda sino que únicamen-
te sirve para constreñir al deudor para que pague. La com-
pensación sí efectúa la liberación de pleno derecho, siem-
pre que los créditos recíprocos de las partes reúnan las
condiciones exigidas por la ley.

La compensación se efectúa indepen-
dientemente de toda tenencia o posesión de una cosa de -

terminada, al paso que la retención no se realiza sino en virtud de la posesión o tenencia de la cosa que se retiene, un derecho de prenda disminuido.

El derecho de retención es una seguridad, en tanto que la compensación no lo es. Se diferencian fundamentalmente, en que al paso que la retención es un hecho, la prenda es un contrato. La retención no evita el ejercicio

de las acciones del crédito que lo mantiene, y la compensación es un estado que supone el enervamiento de las mutuas acciones. El derecho de retención puede tener por objeto un bien raíz o mueble, en tanto que la prenda únicamente puede tener lugar sobre muebles.

7.2.- El derecho de retención y la hipoteca.

Para la existencia del derecho de retención no es necesario pacto alguno. Por el contrario si se pacta este derecho degeneraría en otro distinto. La primera diferencia que se encuentra entre estos dos derechos, está en la manera de constituirse, porque al paso que la hipoteca tiene origen contractual, el derecho de retención, el a-

creedor se aprovecha de la tenencia de una cosa ajena para asegurarse el pago de su crédito, que tiene relación con dicha cosa, pero ésta se le ha entregado con diferente objeto. Si se hubiera dado con él sin asegurar el cumplimiento de la obligación, la figura jurídica sería la de prenda.

El derecho de prenda, por el contrario, solamente puede tener origen en una convención. Tanto la prenda como el derecho de

retención son seguridades reales. Uno y otro garantizan al acreedor el pago de su crédito mediante la tenencia

de una cosa que está afecta al pago en mayor o menor es
cala. Por esta razón se dice que el derecho de retención
es un derecho de prenda disminuido.

Se diferencian fundamentalmente, en
circunstancia, que al paso que la retención es un hecho, la prenda es un
contrato. El derecho de retención puede tener por objeto
un bien raíz o mueble, en tanto que la prenda únicamente
puede tener lugar sobre muebles.

7.3.- El Derecho de Retención y la
hipoteca.- supone relación contractual alguna.

La primera diferencia que se encuen-
tra entre estos dos derechos, está en la manera de cons-
tituirse, porque al paso que la hipoteca tiene origen -
preventivo.

El embargo se ejerce por autoridad de
la justicia; el derecho de retención es una facultad, cu-
yo ejercicio es de carácter privado que se da en estados
de hecho correspondientes, a un crédito, cuyo titular -
tiene en su poder la cosa del deudor.

Se diferencian también en cuanto a -
los bienes que constituyen su objeto: La hipoteca sola -
mente puede constituirse sobre bienes inmuebles y sobre
naves, en tanto que el derecho de retención puede ejer-
cerse sobre toda clase de bienes.

Esta condición nos hace comprender -
Igualmente hay diferencia en que en -
tres cosas a saber: a) que ha de existir un crédito cie-
to del detentor hacia aquel que pretende la entrega.

b) la hipoteca el objeto del derecho continúa en poder del deudor y en el derecho de retención la cosa sobre que se ejerce existe generalmente en poder del detentador. Casi podría decirse que es de la esencia de este derecho esa circunstancia.

7.4.- El derecho de retención y la anticresis.- Tiene la misma diferencia que con la prenda. Al paso que la anticresis tiene su origen en un contrato, el derecho de retención es una facultad, un hecho que no supone relación contractual alguna.

7.5.- El derecho de retención y el embargo preventivo. El embargo se ejerce por autoridad de la justicia, el derecho de retención es una facultad que tiene el acreedor, cuando retiene la cosa por su propia voluntad. Los bienes embargados no pueden tener relación alguna con el crédito de cuya ejecución se trata, en la retención es necesario que haya conexión entre la cosa que se retiene y el crédito que da origen al derecho.

8.- CONDICIONES PARA QUE EXISTA EL DERECHO DE RETENCION.

8.1.- Un crédito líquido y conexo.- Esta condición nos hace comprender tres cosas a saber: a) que ha de existir un crédito cierto del detentor hacia aquel que pretende la entrega.

b) que ese crédito debe ser conexo con el objeto de la retención; c) que ninguna disposición especial directa o indirecta, sirva de obstáculo al ejercicio del derecho de retención.

En cuanto al primero, el crédito debe probarse y cualquier duda sobre su subsistencia basta para impedir el derecho de retención. De igual modo el derecho de retención está impedido si en el momento en que debe efectuarse, la entrega, el crédito aún no venció siendo injusto que quien no está todavía obligado a pagar y tiene derecho actual a la entrega de una cosa, deba, o pagar anticipadamente, o retrasar la entrega de lo que se le debe, hasta el momento en que venga su débito.

Esta es la razón por la cual la ley niega el derecho de retención al vendedor, cuando haya acordado retrasar el pago del precio. Pero a esta regla hacen excepciones algunos escritores, en la hipótesis de que por hecho posterior a la convención, de donde nace el crédito, disminuyen las garantías del mismo. También hacen excepciones, disposiciones singulares de leyes que en ciertos casos excluyen tal condición. Una obligación meramente natural no puede servir de fundamento al derecho de retención.

Igualmente, cuando la deducción

Se ha dicho que el crédito sea líquido del crédito se haga por el detentor a tiempo y pueda la do. Esta regla no debe entenderse rigurosamente, y so- liquidación ejecutarse durante el juicio.

bre todo exclusiva cuando el derecho de retención esté fundado en otra disposición explícita de la ley. Bajo -

los modernos códigos el argumento apenas ha sido trata- do. La opinión de que se requiera el crédito líquido, -

se ha abierto camino en la jurisprudencia; pero no ha -

encontrado el aplauso de aquellos pocos escritores que -

se han ocupado del asunto. solo tienen por fundamento -

la voluntad del legislador, sino un principio de equi -

dad natural, que se manifiesta donde quiera que el cré -

dito del poseedor se conecta con la obligación de res -

tituir. En verdad, la razón por la que se -

niega la retención al acreedor no líquido, es, sin duda

la de no someter a quien tiene derecho a la entrega in -

mediata de una cosa, a esperar a que el crédito del po -

seedor esté liquidado, mientras que, atendida precisa -

mente la iliquidabilidad, faltaría al acreedor el modo

de conseguir, haciendo un pago pronto, la posesión bus -

cada.

Esta sería una injusticia. Pero la in -

justicia puede disminuir e incluso desaparecer, cuando -

de un lado, no concurre ninguna necesidad urgente de reu -

clamar la restitución inmediata; y de otro, la liquida -

ción es fácil y breve, o es grande el peligro que corre

ría el poseedor de perder el crédito, no conservando la

penión por garantía. Igualmente, cuando la deducción -

del crédito se haga por el detentor a tiempo y pueda la liquidación ejecutarse durante el juicio.

ciertas inversiones y mejoras hechas en la misma.

Relación de conexión entre el crédito y la obligación de entregar. - Como cuando entre deudor y acreedor ha preexistido un vínculo jurídico relacionado

El derecho de retención requiere la conexión entre el crédito y la obligación de la entrega o restitución. La retención nace de aquellos principios de conveniencia social; no solo tienen por fundamento la voluntad del legislador, sino un principio de equidad natural, que se manifiesta donde quiera que el crédito del poseedor se conecta con la obligación de restituir.

La razón es ésta. Examinando los casos varios en que el derecho de retención ha sido conocido en el derecho antiguo sin una explícita disposición legal, se ha visto en todos ellos la conexión que les servía de fundamento.

La razón es ésta. Examinando los casos varios en que el derecho de retención ha sido conocido en el derecho antiguo sin una explícita disposición legal, se ha visto en todos ellos la conexión que les servía de fundamento.

La razón es ésta. Examinando los casos varios en que el derecho de retención ha sido conocido en el derecho antiguo sin una explícita disposición legal, se ha visto en todos ellos la conexión que les servía de fundamento.

Relación de conexión entre el crédito y la cosa. -

Es requisito para la existencia de la retención la relación directa entre el crédito, de cuya seguridad y garantía se trata, y la cosa retenida para este fin. Esta relación puede ser:

Material: Como ocurriría en todos los

casos en que el dueño de la cosa ha venido a quedar constituido en deudor del tenedor de ella por el valor de ciertas inversiones y mejoras hechas en la misma.

Los autores antiguos exigían que el crédito reclamado por el deudor se hubiera invertido en y acreedor ha preexistido un vínculo jurídico relacionado con la conservación de la misma cosa debida y retenida, y precisamente con la cosa retenida.

Para apreciar la validez jurídica de este criterio había que distinguir en él los siguientes dos aspectos: uno, el relativo a la vinculación material

y otro, el referente a la vinculación inmaterial. En el primer aspecto, el criterio es aceptable, puesto que, precisamente, por definición se ha señalado como uno de los elementos del derecho de retención esa vinculación material entre el crédito y la cosa.

Pero en su segundo aspecto es inaceptable, porque siendo el derecho de retención un medio de autotutela privado, que implica una excepción al principio general de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, no puede aceptarse que exista siempre que se haya producido aquella vinculación inmaterial, o el trabajo realizado por el artista con material.

La facultad de retener, no se otorga por el solo hecho de ser una persona deudora de una cosa y tener a su vez un crédito que reclamar al dueño de ella, sino que se exige siempre determinada relación o conexión entre la deuda de la cosa y el crédito que preten

de asegurarse con la retención. Este es el denominado "debitum cum re junctum"

Los autores antiguos exigían que el crédito reclamado por el deudor se hubiera invertido en la conservación de la misma cosa debida y retenida, y por lo tanto que la deuda que debía cancelar el acreedor de la cosa al retinente, tenía que encontrarse incorporada en la cosa: debitum cum re junctum.

Esta unión del crédito a la cosa es posible interpretarla, como anteriormente se dijo, en función de una conexión material u objetiva o en razón de una conexión jurídica.

La conexión material indica que el crédito debe formar parte de la sustancia de la cosa una cosa corporal. Puede ser mueble o inmueble pero debe ser material, comercial y no fungible, por la razón de las plantaciones, edificaciones o siembras realizadas en terreno ajeno a que se refiere el art. 239 del código de cuasi-poseción, todavía no son capaces ni de entrega o las mejoras hechas a la cosa y que pueden apre- ni de restitución. Aunque se tratase de un débito, podría tener lugar la compensación. Pero si bien este remedio jurídico es análogo a la restitución, todavía difiere de ella bajo muchas relaciones.

El debitum cum re junctum tiene aplicación también si el crédito se encuentra unido a la cosa no material sino jurídicament, como cuando el usufrue -

tuari ha comprado una servidumbre, ha extinguido una hipoteca, ha defendido la cosa de los derechos que terceros alegaban en ella, ha interrumpido la prescripción, etc. Sabemos que las mejoras o gastos necesarios no son solo las que impiden que una cosa perezca o desmejore, si no igualmente los que se encaminan a la conservación jurídica de ella. En esta hipótesis, la cosa puede existir corporalmente en el mismo estado en que se recibió; pero la propiedad que sobre ella se ejerció aparece robustecida o más sana.

ne sea personalmente el titular del derecho. Puede hacer lo por medio de sus 8.2.- Detención de una cosa que el acreedor deba entregar o restituir al deudor.-

Esta condición se cumple también de La detención adquirida por despojo 710 teniendo por medio de un tercero. La detención requiere- lento e clandestino no puede servir de fundamento a la re una cosa corporal. Puede ser mueble o inmueble pero debe tención Pero este principio, no aparece con tanta lucidez ser material, comercial y no fungible, por la razón de - en el derecho romano. Aun cuando no hay faltado interpre- que sibien los derechos y las acciones son susceptibles, tes que hayn sostenido la necesidad de la posesión legi - de cuasi-posesión, todavía no son capaces ni de entrega tina, ofrecen argumento para creer que la retención de ni de restitución. Aunque se tratase de un débito, podría donde se obtiene por lo menos el reembolso de los gastos tener lugar la compensación. Pero si bien este remedio- necesarios se concedió incluso al ladrón, esto no es vá- jurídico es análogo a la restitución, todavía difiere lido porque repugna que de un hecho ilícito pueda hacer - de ella bajo muchas relaciones. un derecho.

La cosa que ha de retenerse puede también pertenecer a personas distintas deaquellas a -

Las que deben restituírse. Para retener es preciso tener, es decir, haber llegado a la aprehensión material del objeto; de suerte que, si por cualquier circunstancia se pierde esta relación física inmediata con él, la retención es imposible, y el derecho no tiene ya razón de ser. Porque el derecho no da lugar por sí solo a acción alguna, su función es meramente negativa.

Lo dicho no significa que quien retiene sea personalmente el titular del derecho. Puede hacer lo por medio de sus representantes legales o mandatarios.

8.3.- La detención debe ser legítima.

La detención adquirida por despojo violento o clandestino no puede servir de fundamento a la retención. Pero este principio, no aparece con tanta lucidez en el derecho romano. Aun cuando no hay faltado intérpretes que hayn sostenido la necesidad de la posesión legítima, ofrecen argumento para creer que la retención de donde se obtiene por lo menos el reembolso de los gastos necesarios se concedió incluso al ladrón. Esto no es válido porque repugna que de un hecho ilícito pueda nacer un derecho.

Algunos autores agregan además:
No se necesita un título idóneo para la adquisición del dominio. No importa que el acreedor posea

...

ánimo domini. En efecto, es conocidísimo que al acreedor pignoraticio le basta la nuda detención para fundamentar el IUS POSSESSIONIS.

Debido a una reminiscencia de la excepción doli solo se otorga el derecho de retención a los poseedores de buena fe. Admitir el derecho de retención a los poseedores de mala fe, sin ninguna restricción, sería favorecer al acreedor que se ha apropiado por sorpresa o fraudulentamente de un bien del deudor y pretende hacer de su posesión un arma para obtener el pago.

Obligaciones del retenedor.-
La jurisprudencia francesa se resiste a admitir que el acreedor use contra su deudor la posesión accidental de la cosa. Aún si el acreedor es de buena fe, no puede crearse una situación de privilegio como consecuencia del hecho de la posesión.

El acreedor tiene obligación de conservar la cosa y de restituirla al deudor, o antes o después de cuando el mismo pague o le dé caución aprobada por el juez.

9.- CLASES DE RETENCIÓN Y OBLIGACIONES DEL RETENEDOR.-

El acreedor tiene facultad para percibir los frutos de la cosa retenida y aplicarlos al crédito. En verdad, si la cosa es fructífera, creemos esta son la legal y la convencional, según emanen de la ley o de la convención.

Algunos autores agregan además:
La excepcional: Cuando solo tiene lugar en los casos mencionados en la legislación, como lo determina nuestro código civil en su artículo 2417 inciso 2 :

"No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan." por arbitrio al deudor.

La general. - Cuando presentándose las condiciones jurídicas para su existencia, se la admite aún sin que el legislador la señale por analogía.

La convencional expresa. - Tiene lugar cuando las partes expresamente lo acuerdan.

Sin embargo, si los frutos son susceptibles de su conservación en naturaleza Obligaciones del retenedor. - para

restituirlos al deudor juntamente con la cosa; si no son susceptibles de conservación, los vendrá a disposición del deudor, que estará obligado a sacarlos en venta pública que retiene usando la diligencia del buen padre de familia. El acreedor tiene indudablemente, el deber de restituir la cosa al deudor, o antes o después de cuando el acreedor pague o le dé caución aprobada por el juez.

2. - No hacer uso de la cosa retenida.
El acreedor tiene facultad para percibir los frutos de la cosa retenida y aplicarlos al crédito. En verdad, si la cosa es fructífera, creemos esta facultad necesaria. O precisaría dejar perecer los frutos o permitir al deudor que fuese a percibirlos por sí, perturbando al acreedor en su posesión, dando fácilmente lugar a litigios.

(9) Jorge Giorgi. Teoría de las obligaciones. Tomo II

No creen que el acreedor tenga derecho de apropiárselos para aplicarlos al débito; y ni siquiera que la imputación se le pueda imponer por arbitrio al deudor.

Pero no siendo posible la imputación, qué hará el acreedor con los frutos percibidos? "El acreedor tiene para los frutos las mismas obligaciones que para la cosa. Estas obligaciones son: conservarla como buen padre de familia y por tanto, restituirla a su tiempo. Sin embargo, si los frutos son susceptibles de su conservación en naturaleza sin deterioro, la conservará para restituírlas al deudor juntamente con la cosa; si no son susceptibles de conservación, los pondrá a disposición del deudor, que estará obligado a escoger entre la alternativa de tomarlos dando un equivalente o de permitir su venta. Y el equivalente o el precio quedará en poder del acreedor hasta la restitución de la cosa." (9)

2.- No hacer uso de la cosa retenida.

En el derecho español, el derecho de retención no confiere al acreedor salvo pacto en contrario, la facultad de servirse para uso propio de la cosa retenida. En Francia fue esta teoría la de juristas como Mourlon y Laurenty entre otros y entre nosotros lo es de cuantos se han ocupado de la materia y en especial de la Corte Suprema de Justicia según sentencia del 26 de mayo de 1936 artículo 2079 del código de Napoleón, donde la retención del acreedor pignoraticio está equiparada al depósito.

(9) Jorge Giorgi. Teoría de las obligaciones. Tomo II

Según esta doctrina, la tesis restrictiva se apoya en la disposición del inciso 2º del artículo 2417 del código civil antes citado. En nuestro derecho (colombiano) de los fundamentos asignados al derecho de retención, no hay motivo alguno para permitir al acreedor el uso de la cosa retenida.

De acuerdo con este precepto, la retención solo tiene lugar ya cancelado el crédito, que haya dado origen a la retención entregado el bien, una vez que ha sido expresamente.

No somos partidarios de esta teoría, La contravención de estas obligaciones, faculta al deudor para pedir el secuestro de la cosa. Por lo tanto consideramos que el derecho no debe ir restringido por los textos legales, estableciéndolo para un número limitado de casos y sin aplicación extensiva a otros.

10.- APLICACION DEL DERECHO DE RETENCION.-

Existen divergencias de opiniones respecto del campo de aplicación del derecho de retención. Por el contrario, esta teoría no limita por tal motivo se exponen las siguientes teorías:

10.1.- Teoría restrictiva.-
La retención a los casos expresamente previstos en la ley, sino que la aplicación de los códigos hablan de retención en casos especiales. Esta teoría no permite aplicarla a otros casos y menos hacer de ella institución general. En Francia fue esta teoría la de juristas como Mourlon y Laurenty entre otros y entre nosotros lo es de cuantos se han ocupado de la materia y en especial de la Corte Suprema de Justicia según sentencia del 26 de mayo de 1.936 (10).

(10) Gaceta judicial No. 1914 y 1915. un contrato o cuasi-

Según esta doctrina, la tesis restrictiva se apoya en la disposición del inciso 2o. del artículo 2417 del código civil antes citado.

De acuerdo con este precepto, la retención solo tiene lugar en los casos en que la ley la admite expresamente.

No somos partidarios de esta teoría, por cuanto consideramos que el derecho no debe ir restringido por los textos legales, estableciéndolo para un número limitado de casos y sin aplicación extensiva a otros casos en que la equidad lo aconseje.

Equivale a la excepción "non adimpleti contractus" según la cual, cuando una de las partes no cumple lo pactado, el otro no está obligado a cumplir o sea la condición resolutoria. Por el contrario, esta teoría no limita la retención a los casos expresamente previstos en la ley, sino que la aplica también a otros. Respecto a qué casos se aplica, se han invocado los siguientes criterios:

10.2.- Teoría extensiva.

10.2.1.- Criterio del vínculo contractual. Fueron los ilustres juristas Aubry y Rau, quienes lo formularon. Dos condiciones son indispensables: a) que el crédito provenga de un contrato o cuasi-contrato que vincule al acreedor y al dueño de la cosa que se requiere retener; b) que la cosa haya llegado a manos del acreedor en ejercicio de un contrato o cuasi-contrato.

Creecemos errada este sistema por ser contrario a la equidad. En aquellos casos en que el contrato o cuasi-contrato entre el acreedor y el dueño de la cosa no vincula al acreedor y al dueño de la cosa, como por ejemplo en el caso del prestatario, no se debe permitir la retención.

contrato. Así hay por un lado, una situación contractual o cuasi-contratual y por otro una relación directa entre la cosa que se retiene y el crédito para cuya garantía se retiene.

10.2.2.- Criterio de la relación en -
Quedan por fuera cosas como el del poseedor vencido que ha hecho mejoras necesarias en el bien que debe restituir, pues no hay entre él y el reivindicador vínculo de contrato o cuasi-contrato, ni llegó la cosa al poseedor en virtud de uno o de otro.

antiguo con la expresión "debitum cum re junctum" acompaña
Equivale a la excepción "non adimpleti contractus" según la cual, cuando una de las partes no cumple lo pactado, la otra no está obligada a cumplir o sea la condición resolutoria tácita de todo contrato bilateral. (art. 1546 y 1609) Si Pedro puede retener la cosa vendida, hay un contrato y entre el crédito que Pedro tiene contra Juan por el precio y la cosa vendida, hay una relación directa.

Creemos errada este sistema por se contrario a la equidad, ya que el derecho debe existir no solo en aquellos casos en que se presente vínculo contractual o cuasi-contratual entre el acreedor retenedor y su deudor y la deuda provenga de la cosa retenida, sino también en aquellos casos en que no exista vínculo contractual entre deudor y acreedor y la deuda no provenga de la cosa retenida, como por ejemplo en el caso del pre

civil argentino en su artículo 2439 que dice: "El heredero retenedor vencido en acción de petición de herencia es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de su misma cosa".

10.2.2.- Criterio de la relación entre el crédito y la cosa.-

que a quien está obligado a entregar un objeto que pertenece a Gouillouard, Troplong y Glasson y consiste en que basta que haya relación entre el crédito y la cosa, o sea, lo que se llamó en derecho

antiguo con la expresión "debitum cum re junctum" acompañada o no de contrato o cuasi-contrato. Jossierand, como

10.2.3.- Criterio de la coexistencia de acreedor y deudor.-
lo anota la Corte Suprema, halla en esta expresión el común denominador que autoriza la retención.

en todo caso que entre las personas que tienen una cosa

se comprende el avance de esta teoría

sobre la anterior, pues basta solo la relación entre el

crédito y la cosa, relación que puede ser objetiva o material, como en el caso del poseedor vencido que ha ejercitado mejoras necesarias en el inmueble que debe restituir; o subjetivo o inmaterial, como en todos aquellos

en que mediante contrato o cuasi-contrato las partes deben prestaciones recíprocas. Así quedó adicionada la excepción "non adimpleti contractus" con la regla debitum cum re junctum bastando ésta última para autorizar la retención.

restante.

Estes sistema es el seguido en los códigos más modernos como podemos apreciarlo en el código

de

de

de

de

de

de

civil argentino en su artículo 3939 que dice: "El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa". En el alemán, en su artículo 273 que dice: "Igual derecho pertenece a quien esté obligado a entregar un objeto cuando puede hacer valer un derecho exigible en razón de gastos hechos en ese objeto o en razón de un daño que éste le haya causado."

10.2.3.- Criterio de la coexistencia de acreedor y deudor.-

Justifica la retención en todo caso que entre las personas que tienen una cosa ajena y el dueño de ella, hay la relación de un derecho personal o crédito, aunque la cosa sea extraña a esa relación. Pero exige que la cosa no haya llegado al acreedor por medios ilegítimos.

Juan debe a Pedro \$ 1.000 a título de préstamo; Juan había consignado a Pedro mercancías para su venta; si el propietario no paga el prestamista está autorizado para retener las mercancías que tiene en consignación, las cuales ninguna relación tienen con el préstamo.

No se inspira este criterio en la excep

ción non adimpleti contractus, pues no exige vínculo contractual; tampoco en la norma debitum cum re junctum, ya que ni pide relación alguna entre el crédito y la cosa.

Esta teoría parece brillantemente sostenida por Bonbecase (11) y así la sintetiza: "El derecho de retención existe cada vez que el acreedor tiene la tenencia de una cosa que pertenece a su deudor; salvo que haya texto legal en contrario, o que el acreedor haya aprehendido la cosa por procedimientos ilícitos."

En cada una de las veces en que se ejercita la retención basándose en esta teoría, podemos apreciar que tiene como fundamento la equidad.

10.3.- Teoría que consagra la legislación colombiana.-

La Corte Suprema, en el interesante fallo a que se ha hecho referencia, dice que la teoría que recoge es la restrictiva, es decir la que se limita a reconocer la retención en los casos expresamente previstos.

10.3.1.- La retención no es institución general en Colombia.-

En cuanto al inciso segundo del artículo 2427 de nuestro código civil: "No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento..."

ario haya amueblado la cosa arrendada por causa de las-
timiento, excepto en los casos en que las leyes expresa-
precios no cancelados a los daños causados a la cosa ad-
mente designan, conviene poner de presente las dos ad-
razón del mismo contrato que le sirve de fundamento; sus
vertencias siguientes:

no puede retener esos muebles por razón de una deuda dis-
tinta, es decir, que no sirva de causa y fundamento al
lombiano hace del derecho de retención, no son solo empí-
crédito en virtud del cual reclama, cuando la cosa es
ricas, sino que también abarcan categorías generales de
casos.

En el sentido indicado se pronunció
la Corte Suprema en las aplicaciones generales son: la
de los artículos 739, 970 y 971 del c.c.c. que compren-
den la retención de la cosa en todas las hipótesis en que
el retenedor tenga derecho a ser indemnizado por expensas
y mejoras; b) la del artículo 1609, que autoriza la re-
tención cuando el deudor tenga algo que reclamar en ra-
zón del incumplimiento de obligaciones del que exige la
prestación.

10.3.2.- La retención solo tiene lu-
gar en los casos mencionados en la ley. Como consecuencia del artículo antes
citado, tenemos que constituye retención jurídica aque-
lla que puede fundarse en razón de expensas y mejoras he-
chas a la cosa, o por incumplimiento de obligaciones del
acreedor que hayan nacido de la misma relación jurídica
que le sirve de fundamento para reclamar la cosa, o de
alguna aplicación empírica que la ley expresamente le ha
hecho.

retenedor y en contra del acreedor de la cosa, nacidos
del incumplimiento de cualquier obligación del contrato
recho para retener las cosas muebles con que el arrenda-
de donde nace la obligación de restituir.

tario haya amueblado la cosa arrendada por causa de los precios no cancelados a los daños causados a la cosa en razón del mismo contrato que le sirve de fundamento; mas no puede retener esos muebles por razón de una deuda distinta, es decir, que no sirva de causa y fundamento al crédito en virtud del cual reclama cuando la cosa ha sido recibida en virtud de una relación contractual. Así, el poseedor vencido en razón del ejercicio de la acción reivindicatoria, solamente puede retener por mejoras o gastos, y no puede retener en razón de incumplimiento de obligaciones del demandante, pues la obligación de entregar la cosa, no se funda en un contrato, sino en un derecho real sobre la cosa, es decir, en un mejor daxe - la doctrina francesas.

En el sentido indicado se pronunció la Corte Suprema en su sentencia de casación civil del 26 de mayo de 1.936. Esta sentencia dice que en derecho colombiano frente a la terminante disposición del artículo 2417 del c.c. no puede darse al derecho de retención la misma amplitud que tienen dentro de la jurisprudencia y el derecho real sobre la cosa, es decir, en un mejor daxe - cho a posses. De aquí se deduce que el demandado, en virtud de una acción 10.3.2.- La retención solo tiene lugar en los casos mencionados en la ley.-

no también por incumplimiento de obligaciones del que reclama la cosa. El derecho de retención en la legislación colombiana se configura a través de los siguientes contenidos: a) en razón de expensas o mejoras incorporadas materialmente a la cosa retenida, o jurídicamente al derecho que se tiene sobre ella (debitum cum re junctum) b) en razón de créditos en favor del retenedor y en contra del acreedor de la cosa, nacidos del incumplimiento de cualquier obligación del contrato de donde nace la obligación de restituir.

El derecho de retención en la legislación colombiana se configura a través de los siguientes contenidos: a) en razón de expensas o mejoras incorporadas materialmente a la cosa retenida, o jurídicamente al derecho que se tiene sobre ella (debitum cum re junctum) b) en razón de créditos en favor del retenedor y en contra del acreedor de la cosa, nacidos del incumplimiento de cualquier obligación del contrato de donde nace la obligación de restituir.

La retención por causa de expensas o mejoras incorporadas a la cosa, tiene extensión general, pues se aplica en todos los casos en que alguien resulte obligado a restituir a otro una cosa. En cambio, la retención por motivo de incumplimiento de obligaciones del acreedor de la cosa, solo se aplica cuando la cosa ha sido recibida en virtud de una relación contractual. Así, el poseedor vencido en razón del ejercicio de la acción reivindicatoria, solamente puede retener por mejoras o expensas, y no puede retener en razón de incumplimiento de obligaciones del demandante, pues la obligación de entregar la cosa, no se funda en un contrato, sino en un derecho real sobre la cosa, es decir, en un mejor derecho a poseer. De aquí se deduce que el demandado, en virtud de una acción personal derivada de un contrato bilateral, puede retener no solo por mejoras y expensas, sino también por incumplimiento de obligaciones del que reclama la cosa.

En todos los casos de retención, entre el crédito reclamado y la obligación de restituir debe existir una relación de causalidad. Decir que la facultad de retener debe serlo en razón de créditos que sirvan de causa a la obligación de restituir o entregar la cosa, es resumir el sistema colombiano sobre derecho de retención.

antierósticos (art. 10.3.3.- Retención por perjuicios cau-
depositarios (art. 2253) y causados por la cosa.- (art. 2421)

sin forzar el alcance natural de los-
Pero, si un contratante incumplió u-
textos legales que hacen aplicaciones del derecho de re-
na de las obligaciones surgidas del contrato de re-
tención, puede apreciarse que en ciertos casos su conte-
de la obligación de restituir la cosa, también hay dere-
nido es mayor. En efecto, los arrendatarios, comodatarios
cho de retención. Este es el alcance del art. 1699 del c.
y depositarios pueden retener no solo en razón de expen-
C. En estos casos la retención es legítima.
sas y mejoras, sino también en razón de los perjuicios -
que hayan sufrido por la mala calidad de la cosa arrenda-
da en depósito o comodato. Se trata, en estos casos, de
un nuevo contenido de la retención por haber incumplido-
el arrendador, comodante o depositante la obligación de
no causar perjuicios a otro con las cosas dadas en reten-
ción. siendo el elemento principal de la retención la -
detención, es decir, lo mismo sucede en el caso del manda-
to. El mandatario puede retener los efectos que se le ha-
yan entregado por cuenta del mandante para la seguridad
de las prestaciones a que éste se encuentre obligado.

GEN DE RETENCIÓN.-

El acreedor prendario puede retener-
no solo por mejoras, sino también por los perjuicios que
la prenda le haya ocasionado y en razón de nuevos crédi-
tos otorgados al dueño de la cosa dada en prenda.

Secuestro.- Según el art. 2174 las -

Esta clase de retención no tiene re-
reglas del secuestro son las mismas del depósito propia-
glamentación en forma general; y solo se autoriza para -
mente dicho. Por lo tanto se aplican dichas normas al ar-
arrendatarios (artículos 1990 y 1195 c.c.c.), acreedores

anticréticos (art. 2463 c.c.c.) comodatarios (art. 2218)
depositarios (art 2258) y acreedores prendarios (art. 2421)

Pero, si un contratante incumplió una de las obligaciones surgidas del contrato de donde nace la obligación de restituir la cosa, también hay derecho de retención. Este es el alcance del art. 1609 del c. c. En estos casos la retención es legítima.

11.- BIENES QUE PUEDEN RETENERSE.-

El derecho de retención se puede ejercer sobre toda clase de bienes, capaces de constituir el objeto de un contrato o de un acto jurídico. Estos bienes pueden ser tanto muebles como inmuebles, pero corporales porque siendo el elemento principal de la retención la detención, es decir, la aprehensión material es claro que sobre las incorporales no puede ejercerse aquel derecho.

12.- CASOS EN QUE NO EXISTE EL DERECHO DE RETENCION.-

Hay algunas disposiciones que respecto a la existencia del derecho de retención no son claras, y hay opiniones divididas.

Secuestre.- Según el art. 2274 las reglas del secuestro son las mismas del depósito propiamente dicho. Por lo tanto se aplican dichas normas al se

cuestro convencional. Pero, conviene saber si existe el derecho de retención para el secuestro judicial. Nuestra opinión es de que nó, pues al tratar del proceso ejecutivo, el secuestro está obligado a entregar la cosa y si no lo hiciera cometería un verdadero abuso. El depositario tiene sin duda, derecho a que se le reembolse y se le paguen sus honorarios; ahora bien: todos estos gastos hacen parte de lo que se denomina gastos judiciales, los cuales son incluidos en la tasación de costas que se haga al fin del litigio.

Arrendador de servicios.- El código guarda silencio en este caso, no obstante el encontrarse reunidas las principales condiciones de existencia de aquel derecho, pero no hay texto expreso que así lo diga y la interpretación extensiva no está autorizada.

Comprador con pacto de retroventa.-

En su esencia, el pacto de retroventa no es otra cosa que una condición resolutoria del contrato primitivo de compraventa, condición que consiste en que el vendedor reembolse al comprador la cantidad determinada que se estipule, o a falta de estipulación, el precio de la venta más el costo de las expensas necesarias. Podría pensarse que existiese el derecho de retención, pero, el código no contiene disposición que abandona voluntariamente la posesión de la cosa, pierde el derecho de retención.

Podría pensarse que existiese el derecho de retención, pero, el código no contiene disposición que abandona voluntariamente la posesión de la cosa, pierde el derecho de retención. Si la posesión abandonada la recupera de un modo legítimo hay que distinguirse: si la cosa

posición alguna y cualquiera interpretación en sentido contrario sería arbitraria.

quiere su posesión sin concurrir la voluntad del deudor,

prevalece, en la jurisprudencia su opinión negativa, el

Agente oficioso.- Tampoco goza el a-

gente de negocios ajenos del derecho de retención. Si el

dominus negoti ha ratificado, se aplica la regla ratiha-

bitio mandato equiparatur; queda obligado a cumplir las

obligaciones contraídas por el gerente, y le es deudor -

mente contra los terceros, todos los autores que ven en -

de las expensas útiles necesarias que la administración

la retención un derecho real, lo consideran oponible con-

tra los terceros. Los que ven en él un derecho personal,

que el mandato, debería tener el gerente derecho para a-

lo reputan como remedio restringido solo a las relaciones

segurar el pago, reteniendo las cosas en que ha hecho -

entre el poseedor o acreedor y el deudor que reclama la -

gastos; y así lo reconocen algunas legislaciones; pero -

restitución.

en la nuestra la solución es inadmisibles por falta de -

texto. Los efectos de la retención son diver-

tos según la naturaleza de la cosa sobre que se ejercita

13.- EFFECTOS DEL DERECHO DE RETEN -

y según la naturaleza del derecho que tienen sobre la co-

sa aquellos terceros contra los cuales se puede oponer.

Se trata de establecer si el dere -

cho de retención da facultad al acreedor para perseguir

la cosa en manos de los terceros y si puede oponerse -

siempre eficazmente contra los terceros.

En cuanto a si da facultad al acree-

dor para perseguir la cosa en manos de terceros, el a -

creedor que abandona voluntariamente la posesión de la -

cosa, pierde el derecho de retención.

Si la posesión abandonada la recupera

de un modo legítimo hay que distinguirse: si la cosa -

vuelve a poseerla por voluntad del deudor, puede nacer el derecho de retención contractual. Si al contrario, read - quiere su posesión sin concurrir la voluntad del deudor, ^{el derecho de retención se extingue} prevalece, en la jurisprudencia la opinión negativa y algunas decisiones francesas han negado en tal hipótesis el ^{que autoriza la retención.} derecho de retención.

1.- Por el pago efectivo del crédito -
 2.- Por el aseguramiento del crédito -
 En cuanto a si puede oponerse eficazmente contra los terceros, todos los autores que ven en - ^{mediante la prestación de alguna de las garantías que se ven para este fin: fianza, hipoteca, prenda.} la retención un derecho real, lo consideran oponible contra los terceros. Los que ven en él un derecho personal, ^{haga de la cosa en forma voluntaria. En este caso se extingue la retención pero el crédito que se puede reclamar ante la justicia.} lo reputan como remedio restringido solo a las relaciones entre el poseedor o acreedor y el deudor que reclama la - restitución.

3.- Por el abandono que el retenedor -
 4.- Cuando se destruye en su totalidad ^{la cosa retenida,} Los efectos de la retención son diversos según la naturaleza de la cosa sobre que se ejercita y según la naturaleza del derecho que tienen sobre la cosa aquellos terceros contra los cuales se puede oponer.

EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO

14.- EXTINCION DEL DERECHO DE RETENCION.-

El derecho de retención se extingue por las siguientes causas: del Código Civil, sino que se halla consagrado en 1.- Por el pago efectivo del crédito que autoriza la retención.

2.- Por el aseguramiento del crédito - mediante la prestación de alguna de las garantías que sirven para este fin: fianza, hipoteca, prenda.

3.- Por el abandono que el retenedor haga de la cosa en forma voluntaria. En este caso se extingue la retención pero el crédito que se puede reclamar ante la justicia.

4.- Cuando se destruye en su totalidad la cosa retenida, caso en el cual no hay sobre qué ejercer el derecho.

5.- Por renuncia del titular del derecho.

2.- EN EL USUFRUCTO.-

según el art. 823 del c.c.c. "El derecho de usufructo es un derecho real que consiste, en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia; y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible."

EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO

Nuestro código civil, en su art. 859 al igual que el 5000 del chileno reconoce el derecho de retención al usufructuario. En efecto, dicho artículo se encuentra en una sección especial del Código Civil, sino que el usufructuario podrá tener la cosa usufructuada hasta el fin de los reembolsos e indemnizaciones a que da lugar los diferentes títulos y capítulos de dicha obra. En los artículos precedentes, es obligado el propietario.

1.- LA RETENCION SOLO TIENE LUGAR EN LOS CASOS SEÑALADOS EN LA LEY.-

Nuestro código civil no señala en forma general esta institución, solamente lo reconoce en un número determinado de casos concretos, sin permitir aplicación extensiva a casos análogos, como se analizó al tratar sobre el campo de aplicación de este derecho. A continuación se estudiará en qué casos y en favor de quienes reconoce la legislación civil colombiana ese derecho.

2.- EN EL USUFRUCTO.-

Según el art. 823 del c.c.c. "El derecho de usufructo es un derecho real que consiste, en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible."

res, necesarias para la conservación de la cosa, que la ley impone al propietario, y que sin embargo, se haya visto igual que el 8000 del chileno reconoce el derecho de retención al usufructuario. En efecto, dicho art. dice: "El usufructuario podrá tener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, es obligado el propietario."

3.- Por las mejoras que voluntariamente haya hecho el usufructuario en la cosa, cuando el propietario ha convenido en abonarle el valor de las mejoras después de separados. (art. 860).
El nudo propietario como el usufructuario tienen evidente interés en la conservación de la cosa cuya nuda propiedad corresponde al primero y cuyo usufructo pertenece al segundo. De aquí que el código distribuye entre ellos, en la proporción que considera equitativa, el valor de las obras o refacciones necesarias, estableciendo que éstas son de cargo del propietario, pero debiéndole pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo el interés legal de las sumas invertidas en ellas.

El derecho de retención del fiduciario no solo se desprende del art. 815 c.c., sino también del art. 813 c.c.
El usufructuario puede retener la cosa fructuaria para seguridad de lo que el nudo propietario le salga a deber al fin del usufructo por las siguientes causas:

1. Por cualquier hecho del propietario (el fiduciario) a todas las expensas extraordinarias, para la conservación de la cosa, inclusive el pago de las deudas y de las hipotecas a que estuviera afectada; pero llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que se le reembolsen por

2. Por las obras o refacciones mayores

res, necesarias para la conservación de la cosa, que la ley impone al propietario, y que sin embargo, se haya visto obligado el usufructuario en el ejercicio de sus derechos, a hacer a su costa por demora del propietario en cumplir su obligación y ser indispensables para libertar la cosa y conservar el usufructo. (art. 856 inc. final)

la entrega de los bienes hasta el pago de dichos reembolsos.
3.- Por las mejoras que voluntaria

mente haya hecho el usufructuario en la cosa, cuando el propietario ha convenido en abonarle el valor de los materiales después de separados. (art. 860).

Como se vió anteriormente, el 859 c.c. le otorga a este derecho al usufructuario.
3.- EN EL FIDEICOMISO.-

Según el art. 794 c.c. "Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición." goza de su propiedad durante ese tiempo señalado

en la norma y queda El derecho de retención del fiduciario no solo se desprende del art. 815 c.c., sino también del art. 813 c.c.

El art. 816 limita las reclamaciones que pueda hacer el propietario fiduciario con relación a mejoras, estableciendo tácitamente el reconocimiento de los gastos de las necesarias, salvo en cuanto se haya pactado lo contrario cuando alinea: "El fiduciario no tendrá derecho a reclamar cosa alguna en razón de mejoras necesarias, salvo cuando lo haya pactado con el beneficiario".
El primero de los artículos citados dice: "Es obligado (el fiduciario) a todas las expensas extraordinarias, para la conservación de la cosa, inclusive el pago de las deudas y de las hipotecas a que es afectada; pero llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que "previamente" se le reembolsen por-

el fideicomiso dichas expensas, reducidas a lo que con me
diana inteligencia y cuidado debieron costar y con las -
rebajas que van a expresarse....."

De esta norma se deduce que el fidu -
ciario tiene derecho a que el fideicomisario le haga de-
terminados reembolsos y que el fiduciario puede retener
la entrega de los bienes hasta el pago de dichos reembol -
sos.

El art. 813 c.c. señala la aplicación
de las normas referentes al usufructo, al fideicomiso.
Como se vió anteriormente, el 859 c.c. le otorga a este
derecho al usufructuario.

El art. 815 c.c. introduce rebajas en
las expensas que al llegar a cumplirse la restitución de
ben reconocerse al propietario fiduciario ya que el fidu -
ciario goza de su propiedad durante ese tiempo señalado
en la norma y queda suficientemente reembolsado de ellas
con el producto que ha sacado del fideicomiso.

El art. 818 limita las reclamaciones -
que pueda hacer el propietario fiduciario con relación a
mejoras, estableciendo tácitamente el reconocimiento úni -
camente de las necesarias, salvo en cuanto se haya pacta -
do lo contrario cuando afirma: "El fiduciario no tendrá -
derecho a reclamar cosa alguna en razón de mejoras no ne -
cesarias, salvo cuando lo haya pactado con el fideicomi -

misario a quien se haga la restitución; pero podrá oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere." fe del comprador, teñien-

do más tarde acciones contra el vendedor para rescindir. En el derecho Francés y el Romano

no existía este derecho como lo hace nuestro código y el chileno. En casación de 20 de mayo de 1.936, cuando

manifestó: "El inciso 2o. del art. 947 es una aplica-

4.- EN LA REIVINDICACION.-

ción de la regla error commisit facit jus; en él, a la p-
pariencia razonable de la reivindicación o acción de domi-
nio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de -
que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea
condenado a restituirla. En establecimiento industrial -

en que se venden cosas. El último inciso del art. 947 del-
c.c.c. dice: "Justificada esta circunstancia, no estará

el poseedor obligado a restituir la cosa si no se le reem-
bolsa lo que haya gastado en repararla y mejorarla." En

esta norma se reconoce el derecho de retención autorizan-
do al poseedor de muebles comprados en feria, tienda en

que se vendan muebles de la misma clase, para no entregar
los hasta que se le reembolse lo gastado en repararla o

conservarla. no consecuencia de ello la ley lo protege -
contra el vendedor. Se entiende que cualquier clase de

mejora que el poseedor haya verificado en la cosa mueble
debe reconocerse y dijimos que el reivindicante es quien

debe hacer los reembolsos y nó el vendedor como afirman algunos expositores, entre ellos Fernando Vélez, por cuanto él es el interesado en recuperar el dominio del mueble, debiendo amparar la buena fe del comprador, teniendo más tarde acciones contra el vendedor para resarcirse.

Nuestra Corte, en este mismo sentido se pronunció en casación de 20 de mayo de 1.936, cuando manifiesta: "El inciso 2o. del art. 947 es una aplicación de la regla error communis facit jus; en él, a la apariencia razonable de derecho se le hace producir, en favor del tercero de buena fe el mismo efecto que el derecho mismo: Basta que la cosa haya sido comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase para que como consecuencia de la buena fé que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa al que no era dueño de ella, no pueda el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba todas las apariencias de tener un derecho y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho."

Tanto el derecho romano como el fran

cés no reconocen al poseedor en la reivindicación el derecho de retención. Los tienen la cosa en su poder; y lo contrario sería autorizarle un enriquecimiento sin causa.

5.- EN LA POSESION.-

El artículo 970 reconoce el derecho de retención del poseedor. Dice así: "Cuando el poseedor vencido, tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción."

Para determinar ese saldo es necesario tener en cuenta la clase de expensas o mejoras hechas y la condición de buena o mala fe del poseedor.

a) Expensas necesarias: El poseedor vencido sea de buena o mala fe, tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa. Si fueron ocasionadas por obras materiales, se le abonarán en cuanto hubieren sido realmente necesarias, reducidas a lo que valgan al tiempo de la restitución. Si se invirtieron en obras inmateriales, como la defensa judicial de la finca, le serán abonadas en cuanto aprovecharen al reivindicador y si hubieren ejecutadas con mediana inteligencia y economía. Art. 965 .c.c.

Muy justo es que se obligue al propietario a pagar, aún al poseedor de mala fe, el costo

de las mejoras necesarias, porque él no hubiera podido prescindir de hacerlas teniendo la cosa en su poder; y lo contrario sería autorizarle un enriquecimiento sin causa.

b) Mejoras útiles.- El art. 966 dice: "El poseedor de buena fe, vencido tiene así mismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda. Solo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa. Por el contrario, sabiendo que mejoraba la cosa,

El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo.

En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que por el inciso último de este artículo se conceden al poseedor de mala fe.

El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla este artículo.

pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehubiera

se pagarle el precio que tendrían dichos materiales des-
pués de separados".

Sea tanto las expensas necesarias invertidas en la con-

servación de la cosa, como las mejoras útiles hechas an-
te el poseedor de buena o mala fe, es muy lógica: El prime-
ro, en efecto al mejorar la cosa de que se creía legíti-
mo dueño, ha llevado a cabo una acción en un todo ajusta-
da en las reglas de la prudencia y de la honradez, y no
sería justo que viniese a redundar en su perjuicio. El
segundo, por el contrario, sabiendo que mejoraba la cosa

ajena, se expuso voluntariamente a merder, de un momento
a otro, las expensas invertidas; a la vez que su mala fe
no lo hace acreedor a ningún género de protección. Por
otra parte, si se facultase al poseedor de mala fe para
exigir el valor de las mejoras útiles, se le suministra-
ría el medio de privar al reivindicante de la posesión
de la cosa por un tiempo indefinido, para lo cual le vas-
taría mejorar en tal grado la cosa, que el valor de las
expensas sobrepasara las posibilidades pecuniarias del
dueño, quien no pudiendo entonces hacer el pago, no po-
dría tampoco obtener la restitución.

Las y necesarias y al Nuestra Corte, refiriéndose a las
expensas necesarias invertidas en la conservación de la
cosa y a las mejoras útiles hechas por el poseedor de
buena fe vencido, en casación de 15 de febrero de 1.946
LX 22, ha dicho: " El poseedor de buena fe, vencido en

juicio reivindicatorio tiene un claro derecho, que le otorgan los artículos 965 y 966 del c.c. a que se le abonen tanto las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, como las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda, correspondiéndole al reivindicador la facultad de elegir entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consistan las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiera más la cosa en mucho tiempo".

Se debe advertir que lo dicho sobre el poseedor se aplica al tenedor. Esto desprendido del art. 971 que así lo establece: "Las reglas de este título se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa, raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

En conclusión tenemos que el poseedor de buena fe puede retener por mejoras necesarias y útiles y el de mala fe solo por las necesarias.

Los romanos reconocían el derecho de retención del poseedor de buena fe por las mejoras útiles y necesarias y al de mala fe solo por las necesarias.

El código chileno reconoce la retención en la posesión en la misma forma en que lo hace el nuestro.

c) Mejoras voluntarias.- En cuanto a las mejoras voluntarias verificadas por poseedores de buena o mala fe, nuestro código no obliga al propietario a pagarlas, según se desprende del artículo 967: "En

cuanto a las mejoras voluntarias, el propietario no será obligado a pagarlas al poseedor de buena ni de mala fe.

6.- EN EL ARRENDAMIENTO.- El arrendamiento es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionar a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado.

Nuestro código civil concede el derecho de retención tanto para el arrendatario como para el arrendador. Una vez terminado el contrato de arrendamiento puede surgir relaciones entre arrendador y arrendatario, puesto que el primero puede convertirse en acreedor o deudor del segundo y viceversa.

Para garantía de las acreencias que surjan con ocasión de la ejecución y extinción del contrato la ley ha establecido un derecho de prenda en favor del arrendatario sobre la cosa arrendada, cuando tiene derecho a una indemnización y a un mismo tiempo ha instituido un derecho de prenda o retención en favor del a-

Arrendador sobre los objetos con que el arrendatario haya amueblado la cosa, cuando aquel tiene derecho a indemnizaciones del arrendatario. Ellos son los siguientes:

6.1.- Retención del arrendatario.

1.- Dice el art. 1995 del c.c.c. : "En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá ser éste expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador. Pero no se extiende esta regla al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada."

2.- Cuando el arrendatario sea turbado en el goce de la cosa, el que no pueda ser expelido el arrendatario de la cosa, indica que éste la puede retener hasta que se le pague o se le asegure la indemnización. Esta retención de la cosa arrendada por el arrendatario, nace como consecuencia de las mejoras que tuvo que hacer para poder disfrutar de la cosa o por perjuicios que haya sufrido por el mal estado de ella. Para que este derecho sea viable, el arrendatario debe probar por la vía sumaria y al tiempo de exigirsele la entrega, que el arrendador le debe alguna indemnización.

3.- Son varios los casos en que nuestro legislador estableció indemnizaciones a favor del arrendatario.

datario, casos los cuales, teniendo en cuenta el art. 1995 antes citado, dan lugar al derecho de retención a favor del arrendatario. Ellos son los siguientes:

1.- La cesación del arrendamiento por causa de reparaciones que no pueden sin grave inconveniente diferirse, siempre que procedieren de causa que existía ya al tiempo del contrato. Art. 1986 del c.c.c.

2.- Siempre que el arrendatario sea turbado en el goce de la cosa por el arrendador o por una persona a quien éste pueda impedirlo. art. 1987 c.c.c.

3.- Cuando el arrendatario sea turbado en el goce de la cosa por un tercero que justifique algún derecho sobre ella y la causa de este derecho haya sido anterior a la celebración del contrato y el arrendatario se haya privado tanto de una gran parte de la cosa arrendada que haga presumir que sin ésta no hubiera celebrado el contrato, podrá pedir indemnización de perjuicios y tendrá el consiguiente derecho de retención, si la causa del derecho justificado por el tercero fue conocida o ha debido serlo por el arrendador o hubo estipulación especial de saneamiento con respecto a ella. Art. 1988 c.c.c.

4.- Cuando cesa el arrendamiento por razón del mal estado o calidad de la cosa, art. 1998, 1991 y 1992 c.c.c.

ral tener de los 5.- Cuando el arrendatario hiciere reparaciones indispensables no locativas que no las haya hecho necesarias por su culpa, y siempre que no haya podido dar noticia al arrendador para que las hiciese por su cuenta, o que habiendo dado noticia, no haya éste querido hacerlas oportunamente. art. 1993 c.c.c.

La retención por el arrendador es -
por completo inadmisible. 6.- La mora del arrendador en entregar la cosa. Art. 1984 a la del acreedor prendario.

6.2.- Retención del arrendador.-

El art. 2000 c.c.c. dice: "El arrendatario es obligado al pago del precio o renta. Podrá el arrendador, para seguridad de este pago y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria."

Es de suponerse que el arrendatario, antes de restituir la cosa arrendada, retire de ella todos los objetos con que la haya provisto, de tal suerte que será raro, excepcional sin que medie el ejercicio, - por parte de éste, de alguna acción encaminada a ese fin.

El arrendador no es, por regla gene -

ral tenedor de los objetos a que se refiere la disposición transcrita y como consecuencia, debemos convenir en que este caso se entienda en el sentido de que solo consagra el derecho para los casos excepcionales en que el arrendador sea tenedor de los objetos dichos.

La retención por el arrendador es por completo ineficaz si no va acompañada de una acción de recobro análoga a la del acreedor prendario.

Hecha la anterior aclaración, nuestro código otorga este derecho en los siguientes casos:

1.- El art. 1996 si el arrendatario le dá a la cosa en arrendamiento un fin distinto al con-

2.- En el art. 1997 cuando el arrendatario no emplea el cuidado de un buen padre de familia en la conservación de la cosa, siendo motivo de terminación del contrato de arrendamiento, siempre que haya un grave y culpable deterioro.

Los romanos no le concedieron el derecho de retención al arrendador, quien disfrutaba de una hipoteca tácita sobre los bienes llevados por el arrendatario y sobre sus cosechas, lo cual no era en realidad derecho de retención por su ejercicio el cual era muy dis-

tinto.

El código francés no reconoce el derecho de retención a favor del arrendador.

7.- EN EL PRETENDIDO HEREDERO.-

Para ser reembolsado de los gastos necesarios y las mejoras. Nuestra art. 1323 dice: "A la restitución de los frutos y al abono de mejoras en la petición de herencia se aplicarán las mismas reglas que en la acción reivindicatoria."

Se deduce de este artículo que el pretendido heredero vencido en acción de petición de herencia goza del derecho de retención bajo las mismas condiciones que vimos al estudiar la posesión.

8.- EN EL VENDEDOR.-

El vendedor tiene el derecho de retención por el pago del precio, cuando no haya la misma situación económica del comprador, es decir cuando hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador y el vendedor se encuentre en peligro de perder el precio.

Lo anterior se desprende del artículo 40.º de nuestro código civil, inciso 4o. que dice: "Después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador y el vendedor se encuentre en peligro de perder el precio..."

la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se ha -
lle en peligro inminente de perder el precio, no se po -
drá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo -
para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pa -
go.

No es necesario que el comprador se encuentre en estado de insolvencia declarada o de quiebra; basta que se halle próximo a quebrar o que, por las circunstancias de sus negocios, sea de temer racionalmente que no podrá dar cumplimiento a la obligación contraída. Corresponde al juez apreciar esta circunstancia.

La mala situación del comprador debe acaecer después del contrato, pues si hubiere sido anterior a éste, el vendedor ha debido conocerla, y es de presumir, en tal caso, que ha querido afrontar las consecuencias. Pero lo dicho sufre excepción, cuando el vendedor ha sido víctima de maquinaciones dolosas que le hubiesen inducido a engaño acerca del verdadero estado del patrimonio, porque entonces no puede decirse que el primero haya consentido en exponerse a sufrir los efectos de la posible insolvencia del segundo.

9.- EN EL MANDATO.-

El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra,

de y debe producir efectos sobre los elementos entregados - que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. El mandatario tiene en su poder bienes del mandante, que no guardan relación con el encargo, sino que tienen un derecho de retención para el mandatario cuando dice: "Podrá el mandatario retener los efectos que se le han entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte."

El art. 2188 c.c.c. establece el derecho de retención para el mandatario cuando dice: "Podrá el mandatario retener los efectos que se le han entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte."

El derecho romano y el francés no reconocen el derecho de retención para el mandatario. Para la seguridad de las prestaciones que el mandante debe al mandatario, es permitido al segundo retener los efectos que se le han entregado por cuenta del primero. Más este derecho de retención se puede de sustituir por otra garantía equivalente según fallos de los tribunales que se encuentran en la gaceta, lo que es natural desde que se garantiza al mandatario en sus pretensiones.

El código establece este derecho a favor del mandatario ante la obligación del cumplimiento de las prestaciones por parte del mandante como gastos, indemnizaciones etc. Debe advertirse además que éste derecho se aplica tanto en el caso del mandato gratuito en que sobreviene responsabilidad del mandante, como en el mandato remunerado.

Empero, no se puede extender esa garantía sobre todas las cosas del mandante. Solamente puede

de y debe producir efectos sobre los elementos entregados por el mandante para el cumplimiento del encargo. Si el mandatario tiene en su poder bienes del mandante, que no guardan relación con el encargo, sino que tienen un origen contractual diferente, no puede ejercer la retención por no existir el nexo entre lo que se retiene y lo que se cobra o pide.

El derecho romano y el francés no reconocen el derecho de retención para el mandatario. El primero porque consideraba el mandato como contrato gratuito. Y en caso de que el mandatario efectuara gastos para lograr su reembolso podía ejercer la acción mandati contraria.

10.- EN EL COMODATO.-

El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

El art. 2218 confiere al comodatario el derecho de retención sobre la cosa prestada hasta tanto el comodatario no cubra el valor de la indemnización por las expensas o por la mala calidad en la cosa o cau-

cione el pago de la cantidad en que se le condenare. Este derecho hace relación directa de la cosa con el crédito debido. De allí su aplicación y manifestación legal.

Por eso parece innecesario, tal como está reglamentado el derecho de retención en Colombia. lo perceptuado en el art. 2207 del código civil que dice: "El comodatario no podrá excusarse de restituir la cosa, reteniéndola para seguridad de lo que le deba el comodante." No toda clase de obligación a cargo de comodante frente a la persona del prestatario otorga el derecho de retención. Solamente las que resultan del uso de la cosa, como las expensas o la indemnización por la mala calidad o condición del objeto. Otra obligación que se aparte de esos dos eventos no permite la retención.

Para ejercer el derecho de retención corresponde al comodatario la prueba de las expensas y de la indemnización. No basta, por eso alegarla. Debe acreditar todas las circunstancias y condiciones establecidas en los artículos 2216 y 2217 del código civil.

El 2216 y el 2217 obligan al comodante a indemnizar ciertas expensas y perjuicios al comodatario. Solo para garantizar el pago de ellos y no de lo que el comodante pueda deberle por otra causa el comodatario, puede este retener la cosa prestada, si el como-

dante no garantiza el pago con una caución que satisfaga al comodatario." (12)

Los romanos, como los chilenos, reconocen el derecho de retención al comodatario bajo las mismas condiciones que aparecen en nuestro código civil.

El código francés no lo establece pero sí concede un privilegio sobre el precio de la cosa para el pago de las expensas de conservación.

11- EN EL DEPOSITO.-

El depósito es el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.

Como garantía para el pago de las expensas y de los perjuicios ocasionados, el art. 2258 concede el derecho de retención en favor del depositario sobre la cosa entregada para su custodia: "El depositario no podrá, sin el consentimiento del depositante, retener la cosa depositada, a título de compensación, o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino solo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo: "La retención hace relación directa con el crédito que surge del contrato de depósito. No está fa -

(12) Fernando Velez. Estudio sobre el derecho civil colombiano. Tomo VII pág. 198.

el voluntario." Se deduce de esta norma la existencia y facultado el depositario para detentar la cosa por obligación de reconocimiento del derecho de retención en las mismas condiciones diferentes a las derivadas del contrato. Es la circunstancia que en el depósito, para el depósito necesario, como en otros casos, del principio debitum sario. cum re junctum.

También para el reembolso de las indemnizaciones por conservación de la cosa y perjuicios, El artículo 2259 dice: "El depositante debe indemnizar al depositario de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiere hecho el mismo, teniéndola en su poder; como también de los perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito.

Del texto de estos artículos entendemos que son dos los casos en que el depositario puede ejercer la retención sobre los bienes dados en depósito y que ellos son:

1.- Cuando el depositante haya hecho en la cosa depositada gastos necesarios y urgentes en su conservación, que probablemente el depositante de tener la cosa en su poder los hubiera hecho.

2.- Cuando la cosa dada en depósito le haya dado u ocasionado perjuicios.

Depósito necesario.-

El artículo 2264 dice: "En lo demás el depósito necesario está sujeto a las mismas reglas que

el voluntario." Se deduce de esta norma la existencia y reconocimiento del derecho de retención en las mismas circunstancias que en el depósito, para el depósito necesario.

También para el reembolso de las indemnizaciones por conservación de la cosa y perjuicios, tendrán a su favor el derecho de retención sobre las cosas llevadas por los posadores, administradores de fondas y cafés, lo cual lo establecen los artículos 2265 y 2272 de nuestro código.

Los romanos y los franceses también reconocen el derecho de retención para el depositario. Bien es cierto que el acreedor propio sea de un privilegio. El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más personas, en manos de otra que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. El depositario se llama secuestro.

El secuestro puede ser convencional o judicial. Respecto al último ya habíamos tratado en el punto referente a los casos en que no existe el derecho de retención. Nos ocuparemos ahora del secuestro convencional. Nuestro código civil en su art. 2277

afirma que los depositantes contraen para con el secuestrante las mismas obligaciones que el depositante respecto del depositario en el depósito propiamente dicho, por lo que toca a los gastos y daños que le haya causado el secuestro. Se observa entonces que el secuestro puede retener la cosa depositada hasta el pago de lo que se le debe por causa del depósito mismo.

13.- EN LA PRENDA.- he haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda y los - La retención es parte integrante, esencial de la garantía que llamamos prenda: sin ella, no solo perdería ésta en mucho su eficacia, sino que vendría a convertirse en una causa de trastorno para las relaciones comerciales. Bien es cierto que el acreedor prendario goza de un privilegio, pero qué valdría el privilegio, si el deudor, teniendo en sus manos la cosa, puede disponer de ella, destruirla, esconderla etc.?

Nuestra legislación civil reconoce el derecho de retención del acreedor prendario de la siguiente manera:

El art. 2426 dice: "Satisfecho el crédito en todas sus partes deberá restituirse la prenda."

Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1. que sean cier -

tos y líquidos. 2.- que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda. 3.- que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.

El art. 2421 "El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda, en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia."

"Con todo, si el deudor pidiere que se le permita reemplazar la prenda por otra, sin perjuicio del acreedor, será oído."

Y si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada."

En éste como en el anterior artículo, la ley reconoce el derecho de retención para el acreedor prendario, mientras se le paga toda la deuda con sus intereses, los gastos de conservación y los perjuicios ocasionados por la cosa.

El acreedor prendario retiene la prenda hasta que se le cancele en su totalidad la deuda, se deduce ésto del art. 2430 que señala la indivisibilidad

de la prenda. prelación de créditos. De acuerdo con el

14.- EN EL CONTRATO DE ANTICRESIS.-

El contrato de anticresis es un con-
trato en virtud del cual un deudor entrega al acreedor -
un inmueble para que con los frutos que éste produzca se
pague una obligación.

El art. 2463 afirma que el acreedor -
anticrético goza de los mismos derechos del arrendatario.

Por lo tanto es aplicable todo lo que acerca del mismo -
dejamos dicho.

El acreedor anticrético tendrá dere-
cho a pedir devolución de las mejoras necesarias. Las ú-
tiles cuando ha habido una condición previa de arreglo y
las voluptuarias no le dan derecho a la devolución.

El derecho de retención en este con-
trato lo establece la ley no solo en el anterior artículo
sino en el 2467 que dice: " El deudor no podrá pedir la
restitución de la cosa dada en anticresis, sino después
de la extinción total de la deuda, pero el acreedor podrá
restituirla en cualquier tiempo y perseguir el pago de -
su crédito por los otros medios legales; sin perjuicio -
de lo que se hubiere estipulado en contrario."

15.- EN EL CONCURSO DE ACREDORES.-

El título XL de nuestro código civil,

habla sobre la prelación de créditos. De acuerdo con el art. 2472 el concurso de acreedores es un juicio universal de esa sobre todos los bienes del deudor, menos los inembargables. Según el 2493 c.c.c. las únicas causas de preferencia son la hipoteca y el privilegio. El derecho de retención no es un crédito privilegiado ya que la ley no le da ese carácter. Por lo tanto el bien retenido debe ir al concurso de acreedores.

Secuestro de un bien mueble.- Si en el acto de la diligencia de secuestro de un mueble, éste se encuentra en poder de alguien que alegue sobre el derecho de retención y que acredite mediante la prueba de una decisión judicial ejecutoriada su derecho, se respeta su tenencia verificando el secuestro simbólicamente, previniéndose que siga entendiéndose con el secuestro, de acuerdo con lo establecido para el secuestro preventivo por el artículo 279 del C.P.C. y por el 1020 en el embargo y secuestro ya en juicio. Seguido adelante el negocio y rematado el bien el retenedor no está obligado a entregarle hasta tanto no se le cancele su crédito.

Secuestro de bien inmueble.- Si el retenedor se opone acreditando su derecho mediante una decisión judicial ejecutoriada, no se le causa despojo, dejándole la tenencia, verificándose el depósito simbólico

mento previniéndole que siga entendiéndose con el acreg-
tre de acuerdo con lo establecido en el art. 2326 C.C.
Verificado el remate, si el opositor graba su derecho,
el rematador, sabedor de matemano, porque consta en el -
expediente, de la carga que afecta el bien rematado, no
puede obligar al retenedor a que se le entregue sin an-
tes cancelarle el crédito que dió origen a la retención.

Por todo lo anterior, repetimos nueva-
mente, que el derecho de retención es especial, teniendo
el acreedor retenedor cierta preferencia consistente en
no entregar el bien hasta el pago de su crédito, distin-
ta desde todo punto de vista a la que tienen los otros
acreedores.

Nuestra ley a manera de excepción, in-
troduce entre los créditos de segunda clase los prove-
nientes de dos causas de retención cuando en su art. 2497
dice: "A la segunda clase de créditos pertenecen los de
las personas que enseguida se enajenaron; 1.- El poseedor
sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en -
la posada, y mientras permanezcan en ella y hasta concu-
rrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y da-
nos. 2.- El acarreador o empresario de transporte sobre
los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de
sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que

CONDICIONES

se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada o acarreados por su cuenta.

3.- El acreedor prendario sobre la prenda."

El acreedor prendario sobre la prenda es el que tiene el uso y goce de la cosa, pero no la propiedad. Se presume que la prenda es un contrato real, con modalidades propias y que se perfecciona por la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa.

La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa.

La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa.

La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa.

La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa. La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa.

CONCLUSIONES

La cuestión referente a precisar con toda exactitud cuál es la naturaleza del Derecho de Retención, es de las más controvertidas y bien puede afirmarse que aún no se ha expuesto la teoría que sea plenamente satisfactoria.

Si solo derechos reales y personales constituyen el patrimonio, todo derecho debe ser clasificado en una de estas especies. Se puede afirmar que la retención es un derecho real imperfecto, con modalidades propias y además es una garantía. Las razones por las que se afirma que es imperfecto son: 1.- No se puede satisfacer con la realización en subasta pública del valor de la cosa. 2.- Porque de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, cuando se pierde la tenencia de la cosa, no se puede ejercer acción real sino únicamente personal. (casación 27 de octubre de 1.938. Tomo XVII pág 316)

Es un derecho real porque el retenedor de este derecho no solo puede hacerlo valer frente al deudor sino también en relación con terceros y en caso de pérdida de la cosa retenida puede perseguirla y obtener de nuevo la posesión. Posee sujeto activo, objeto y tiene las características de absoluto propias de los derechos reales y los atributos de persecución y preferencia aunque no en la forma general y permanente en que los tienen los demás derechos reales.

Es un derecho accesorio de garantía porque es un medio -

que la ley otorga a ciertos acreedores como precaución contra el incumplimiento de peculiares obligaciones y por la función preparatoria para la ejecución forzada de la obligación y que se hace valer sin intervención de la Justicia y que nace en el momento en que debe tener lugar el cumplimiento de la obligación garantizada. el pago de su crédito.

El derecho de retención se funda en razones de indudable justicia y equidad desde el momento - que quien reclama la restitución de una cosa de su propiedad debe a su vez, cumplir con las obligaciones que tiene hacia el tenedor de ellas; las obligaciones recíprocas deben satisfacerse simultáneamente y la pretensión contraria por parte del dueño de la cosa, constituye verdadero don, según lo reconocía el derecho romano origen de este instituto. en que las leyes expresamente designan, no se observa. El Esta institución se diferencia con otras afines así: Con la compensación en que al paso que en ésta se exige que se trate de una obligación en dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad y persigue extinguir por sí sola las obligaciones, la retención nó ya que su fin es garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones. Con la prenda y la hipoteca en que para que éstas existan es necesario una convención, es decir un acuerdo de voluntades, al paso es un hecho, se sucede cuando se ha incumplido la obligación

y consiste en el acto de retener o no entregar la cosa u objeto. Lo mismo sucede con la anticresis, puesto que al paso que ésta es un contrato, la retención es una facultad que no supone relación contractual alguna. La retención es un hecho porque el acreedor se aprovecha de la tenencia de una cosa ajena para asegurar el pago de su crédito.

Como tuvimos oportunidad de ver a través del trabajo, nuestro legislador no ha definido ni organizado en forma sistemática el derecho de retención, motivo por el cual no existe una teoría general. Solamente se le reconoce en un número determinado de casos concretos, por disposición expresa consignada en el artículo 2417 que dice: "No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda sin su consentimiento; excepto en los casos en que las leyes expresamente designan". Como se observa, el legislador sigue el sistema exegetico, sin permitir la aplicación de este derecho a casos análogos.

Este derecho no debe estar limitado, por el contrario debe aplicarse en todos aquellos casos en que reunidas las condiciones de existencia y en que la razón, la justicia y la equidad, lo aconsejen.

Bibliografía. Berlín 1.958. Editorial revista de Derecho
BIBLIOGRAFIA.-

Privado.

BARBERO DOMENICO.- "Sistema del Derecho Privado." Tomo III

JOSEPHSON.- "Derecho Civil", Revisado y completado por An
Obligaciones, Ediciones jurídicas Europa-América 1.967

Dré Brua. Buenos Aires 1.950

BARRAGAN ALFONSO M.- "Derechos Reales". Editorial Temis.-

BARRAGAN.- "Principios de Derecho Civil", Tomo XXIV. Tra -
Bogotá 1.971

succión Juan Vez. Habana 1.920

BONNECASE JULIEN.- "Elementos de derecho civil". Traducción

OROSCO GONZALES.- "Jurisprudencia de la Corte Suprema
por el Lic. José Cajicá Tomo I. 1.948

de Justicia." Tomo VIII.- Imprenta departamental. Medellín

COVIELLO NICOLAS.- "Doctrina General del Derecho Civil."

Editorial hispano-americana. Buenos Aires. Caracas. Guate

Editorial GEORGES Y JEAN BOULANGER.- "Tratado de Derecho Ci-
mala. México.

vil" según el tratado de Blasiol. Ediciones La Ley. Buenos

COLIN Y CAPITANT; "Curso elemental de Derecho Civil" Ma -

Aires 1.905

drid 1.925

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Madrid 1.923

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA Tomo XXV Bibliográfica Omeba

VALBUENA EST.- "Curso de Derecho Civil". Derechos Reales.

Lavalle 1.328 Buenos Aires.

Tomo II. Editorial Temis. Bogotá.

ENNECCERUS!LEHMAN. "Derecho de Obligaciones". Traductores

Bias Perez y José Alguer. Editorial Bosh Barcelona.

Chile 1.940.

ESCRICHE JOAQUIN. "Diccionario de Legislación y Jurispru-

dencia."

GIORGI JORGE.- "Teoría de las obligaciones". Vol II. Edi-

torial Reus.- Madrid 1.928

HEDIMANJ. J.W. "Tratado de Derecho Civil". Derecho de o-

bligaciones. Berlín 1.958. Editorial revista de Derecho

Privado.

JOSSERAND.- "Derecho Civil". Revisado y completado por An
dré Bru. Buenos Aires 1.950

LAURENT.- "Principios de Derecho Civil". Tomo XXIV. Tra -
ducción Juan Vez. Habana 1.920

CROZCO OCHOA GERMAN.- "Jurisprudencia de la Corte Suprema
de Justicia." Tomo VIII.- Imprenta departamental. Medellín

ORTEGA TORRES JORGE.- "Código de Derecho Civil"

RIFERT GEORGES Y JEAN BOULANGER.- "Tratado de Derecho Ci-
vil" Según el tratado de Planiol. Ediciones la Ley. Buenos
Aires 1.965

RODRIGUEZ PINERES EDUARDO.- "Curso Elemental de Derecho -
Civil" Tomo IV. Librería Americana.- Bogotá 1.927

VALENCIA ZEA.- "Curso de Derecho Civil". Derechos Reales.
Tomo ii. Editorial Temis. Bogotá.

VENEGAS RODRIGUEZ RUBEN.- "El derecho de retención".-
Chile 1.940.

VELEZ FERNANDO.- "Estudio sobre el Derecho Civil Colombia
no.- Imprenta París. América.

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-

Cas. junio 25 de 1.933. C.J. 1943 pág 290

Mejoras puestas por promitente vendedor. Casación julio 19 de 1.911 T.XX pág 161

Del derecho de retención. Casos en que se concede.- Casación mayo 26 de 1.939.- C.J. No. 1914 pág 53

Del derecho de retención. Cuando se ocupa por promesa - de contrato.- Casación agosto 31 de 1.918 T.XXXVII pág.

59

Del derecho de retención. Para garantía de pago de mejoras.- Casación marzo 29 de 1.924. T.LXXXI pág 319

Del derecho de retención. Derecho del poseedor vencido. Sentencia marzo 26 de 1.930 T. XXXVII pág 456

Del derecho de retención. A favor del poseedor o del tenedor vencido. Casación mayo 26 de 1.936 C.J. 1914 pág. 55.

Del derecho de retención. Este derecho requiere ley que lo consagre. Casación mayo 26 de 1.936 C.J. 1914 pág 55

Del derecho de retención. Oportunidad para concederla. Casación mayo 26 de 1.936

Del derecho de retención. Es un derecho real, imperfecto. Análisis. Casación Oct. 27 C. J. 1.942 pág 316

Del derecho de retención. Su reconocimiento en sentencia.

Cas. junio 23 de 1.939. C.J. 1948 pág 290

Retención del arrendador. Sentencia de 6 de mayo de 1.969

Interpretación de este derecho. Tomo 76 pág 88 C. J.

Cas. sentencia del 25 de agosto de 1.953

Acción contra el vendedor que retiene la cosa. C.J. Tomo
77 pág 520. Sentencia del 29 de abril de 1.954

Retención como derecho.- C.J. Tomo 78 pág. 90 Sentencia
del 17 de julio de 1.954

Alcance de la titularidad de las mejoras. Tomo 88 pág 678
Sentencia de 28 de agosto de 1.958.

Del derecho de retención. Derecho restringido a los casos
expresos de la ley. Cas. Sentencia de 22 de febrero de -
1.973.

T
346.4
M 777
Ej.1.

24/65



Montenegro Espinosa, Susana

El derecho de retención en ge-
neral y en la legislación Co.. VENCE

NOMBRE	R. [unclear]	22-I-79
No. del Carnet	[unclear]	
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		

24/65

AN
T
D346.4
M777
Ej.1.

